Teilnahme zur Begünstigung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
HELMUT GÖCKEL
aus Urach

1965

8233

Teilnahme zur Begünstigung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Helmut GÖCKEL
aus Urach

- 1965 -

Tübinger Druckbüro Frau Elly Huth, Tübingen

D e k a n : Professor Dr. Martin H e c k e l

1.Berichterstatter: Professor Dr. Armin K a u f m a n n

2.Berichterstatter: Professor Dr. Eduard K e r n

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 1965

G l i e d e r u n g

§ 1: Einleitung 1

Erstes Kapitel

Unterscheidung der Beteiligungsformen bei Begünstigung 2

§ 2: Problemstellung 2

I. Ausgangspunkt 2

II. Gleiche Problemstellung bei persönlicher und sachlicher Begünstigung 3

§ 3: Bisherige Lösungsversuche 4

I. in der Rechtsprechung 4

II. im Schrifttum 7

1. Die Kritik Franks und v.Liszt's an der Entscheidung vom 13.Februar 1890 7

2. Die Meinung Schröders 8

a) Darstellung 8

b) Kritik 9

III. Zusammenfassung 14

§ 4: Differenzierung der Beteiligungsformen nach der subjektiven Theorie 14

I. Inhalt der subjektiven Theorie: 14

1. nach der Ansicht des BGH 16

2. nach der Interessentheorie 17

3. nach der Dolustheorie 18

II. Die Abhängigkeit des animus vom Objekt des Vorsatzes: 18

1. bei den schlichten Tätigkeitsdelikten 21

2. bei den Erfolgsdelikten 21

III. Begünstigung ist Erfolgsdelikt: 22

1. wenn die Strafvereitelung bzw. Vorteilssicherung tatsächlich eintreten muß oder 22

2. wenn Eignung der Beistandsleistung erforderlich ist 22

a) und wenn die Eignung in der Verbesserung der Lage des Vortäters zum Ausdruck kommt 23

b) oder wenn Eignung als Gefährdung der Rechtspflege zu verstehen ist 24

aa) Nach der Rechtsprechung sind mittelbare und unmittelbare Unterstützungshandlungen geeignet 28

bb) Nach Schröder sind nur unmittelbare Handlungen geeignet 28

IV. Kritik 29

1. Die tatsächliche Verbesserung der Lage des Vortäters 29

2. Die Eignung zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege 31

a) Begünstigung als kupiertes Erfolgsdelikt 35

aa) Die Eignung als Zwischenerfolg 36

bb) Kritik 37

b) Unternehmenscharakter und subjektiver Tatbestand 39

c) Ableitung der Eignung aus dem Wesen des Versuchs? 40

d) Die unmittelbare Eignung 42

V. Begünstigung als Unternehmensdelikt 42

1. Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt? 43

2. Der beabsichtigte Erfolg als Anknüpfungspunkt für die Differenzierung 43

§ 5: Differenzierung der Beteiligungsformen nach der final-objektiven Theorie 46

I. Inhalt der final-objektiven Theorie 46

II. Abhängigkeit der Unterscheidbarkeit von der Konstruktion der Begünstigung 48

III. Begünstigung als an einen Erfolg anknüpfendes Unternehmensdelikt 49

IV. Differenzierung nach der vom BGH vertretenen Auffassung über die Abgrenzung der Beteiligungsformen 51

§ 6: Ergebnis 52

§ 7: Die Regelung im Entwurf 1962 53

Zweites Kapitel

Sonderfälle der Teilnahme zur Begünstigung 55

§ 8: Die Aufforderung zur Aussageverweigerung im Strafprozeß 55

I. Die Aussageverweigerung 55

1. Die berechtigte Aussageverweigerung 55

2. Die unberechtigte Aussageverweigerung 56

II. Die Aufforderung zur Aussageverweigerung 56

1. zur berechtigten Aussageverweigerung ... 57

a) unter Ausschluß der freien Willensbildung des Zeugen 60

b) ohne Zwang 60

aa) Lösung entsprechend der h.L. 61

bb) Lösung nach Kaufmanns Ansicht 61

2. zur unberechtigten Aussageverweigerung 62

§ 9: Teilnahme zur Begünstigung und Irrtum über die Vortat 63

I. Einführung 63

II. Die Vortat 64

1. bei der persönlichen Begünstigung 64

2. bei der sachlichen Begünstigung 64

3. Folgerungen 65

III. Der Irrtum über die Vortat bei der persönlichen Begünstigung 65

1. Die Möglichkeiten 65

2. Die dogmatische Einordnung der Vortat 66

a) Daß eine strafbare Handlung vorliegen muß, ist Tatbestandsmerkmal 66

b) Daß diese strafbare Handlung Verbrechen oder Vergehen sein muß, ist weder 69

aa) Tatbestandsmerkmal, noch 70
bb) objektive Bedingung der Strafbarkeit, noch 70
cc) Höhenmarke der Rechtswidrigkeit, sondern 71
dd) subjektive Höhenmarke 72
c) Ergebnis 73
3. Die Lösung der Irrtumsfälle 73
IV. Der Irrtum über die Vortat bei der sachlichen Begünstigung 74
1. Die dogmatische Einordnung der Vortat 74
2. Die Lösung der Irrtumsfälle 75

§ 10: Die Teilnahme des Vortäters an seiner eigenen Begünstigung 75
I. Straflosigkeit des Vortäters als "mittelbarer Täter der Selbstbegünstigung"? 76
II. Strafausschluß infolge Unzumutbarkeit? 77
1. Lehre 77
2. Rechtsprechung 78
3. Eigene Meinung 78
III. Abhängigkeit der Bestrafung vom Strafgrund der Teilnahme 79
1. Rechtsprechung 80
2. Schuldteilnahmetheorie 81
3. Strafgrund nach der kausalen Handlungslehre 81
4. Strafgrund nach der finalen Handlungslehre 82
a) Voraussetzung strafbarer Teilnahme ist eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Haupttat 83
b) Der Unwert der Teilnahme 84
aa) Die Meinung Welzel's und Stratenwerth's 84
bb) Eigene Meinung 85
c) Ergebnis nach der finalen Handlungslehre 90
IV. Die Regelung im Entwurf 1962 90

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Allfeld, Philipp — Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8.Auflage, Leipzig 1922

Bar, Ludwig von — Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd.II, Berlin 1907

Baumann, Jürgen — Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2.Auflage, Bielefeld 1961

Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH. NJW 1962/374

Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung. NJW 1963/561

Täterschaft und Teilnahme. JuS 1963/51

Beling, Ernst — Grundzüge des Strafrechts. 11.Auflage, Tübingen 1930

Binding, Karl — Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd.1, 2.Aufl., Leipzig 1902; Bd.2, 2.Abt., Leipzig 1905

Die Normen und ihre Übertretung. Bd.2, 2.Auflage, Leipzig 1914/1916

Bockelmann, Paul — Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat. NJW 51/620

Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht. Deutsche Beiträge zum 7. Internationalen Strafrechtskongreß. Berlin 1957

Strafrechtliche Untersuchungen. Göttingen 1957

Dalcke - Fuhrmann - Schäfer: Strafrecht und Strafverfahren. 37.Auflage, Berlin 1961

Dahs, Hans — Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht. Deutsche Beiträge zum 7. Internationalen Strafrechtskongreß. Berlin 1957

Esser, Albert — Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem. GA 1958/321

Entwurf 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung. Bonn 1962
Frank, Reinhard von	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18.Auflage, Tübingen 1931
Franzheim, Horst	Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat. Berlin 1961
Gallas, Wilhelm	Täterschaft und Teilnahme. Materialien zur Strafrechtsreform. Bd.1: Gutachten der Strafrechtslehrer. Bonn 1954
	Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht. Deutsche Beiträge zum 7. Internationalen Strafrechtskongreß. Berlin 1957
	Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung. JZ 60/649
Gerland, Heinrich	Deutsches Reichsstrafrecht. 2.Auflage, Berlin und Leipzig 1932
Gretener, Xaver	Begünstigung und Hehlerei. München 1879
Gribbohm, Günter	Ist die Anstiftung zur persönlichen Begünstigung straflos, wenn der Anstifter selbst begünstigt wird? MDR 1961/198
Grünwald, Gerald	Das unechte Unterlassungsdelikt. Diss. Göttingen 1957
Hälschner, Hugo	Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd.2, Besonderer Teil, 2.Abteilung, Bonn 1887
Hartung, Fritz	Zum inneren Tatbestand der Begünstigung. JZ 54/694
	Begünstigung und Hehlerei. Abhängigkeit von der Vortat. NJW 49/324
Hegler, August	Die Merkmale des Verbrechens. ZStW 1936/18
Henkel, Heinrich	Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. Festschrift für Edmund Mezger. München und Berlin 1954

Hippel, Robert von	Deutsches Strafrecht. Band 1: Allgemeine Grundlagen. Berlin 1925. Band 2: Das Verbrechen. Allgemeine Lehren. Berlin 1930
	Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932
Hofstetter, Max	Die strafrechtliche Verantwortung des Verteidigers wegen Begünstigung. Bern 1938
Kantorowicz, Hermann	Tat und Schuld. Zürich und Leipzig 1933
Kaufmann, Armin	Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Göttingen 1954
	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Göttingen 1959
Kielwein, Gerhard	Unterlassung und Teilnahme. GA 55/225
Kleinknecht - Müller - Reitberger:	KMR-Kommentar zur Strafprozeßordnung. 3.Auflage, Darmstadt 1954
Lange, Richard	Die notwendige Teilnahme. Berlin 1940
	Strafgesetzbuch (begründet von Kohlrausch). 43.Auflage, Berlin 1961
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch. Herausgegeben von Jagusch und Mezger. 8.Auflage, Berlin 1961
Lenckner, Theodor	Das Zusammentreffen von strafbarer und strafloser Begünstigung. JuS 1962/302
Less, Günter	Der Unrechtscharakter der Anstiftung. ZStW 69/43
Liszt, Franz von	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 22.Auflage, Berlin und Leipzig 1919
Maurach, Reinhard	Deutsches Strafrecht. Lehrbuch. Allgemeiner Teil. 2.Auflage, Karlsruhe 1958. Besonderer Teil, 3.Auflage, Karlsruhe 1959
Mayer, Max Ernst	Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch. Heidelberg 1923

Mayer, Hellmuth	Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft. In: Festschrift für Theordor Rittler, Aalen 1957
	Strafrecht. Allgemeiner Teil. Stuttgart und Köln 1953
Mezger, Edmund	Strafrecht. Ein Studienbuch. 1.Band. Allgemeiner Teil. 9.Auflage, München-Berlin 1960
	Strafrecht. Ein Studienbuch. 2.Band. Besonderer Teil. 9.Auflage. München-Berlin 1960
	Strafrecht. Ein Lehrbuch. 3.Auflage. Berlin und München 1950
Müller, Heinz-Ludwig	Straflose Teilnahme des Vortäters an der Begünstigung? GA 58/334
Nowakowski, Friedrich	Tatherrschaft und Täterwillen. JZ 56/545
Olshausen, Justus v.	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 12.Auflage, Berlin 1942-1944
Reck	Die vor der Tat zugesagte Begünstigung. Diss. München 1959
Rethwisch, Ernst	Begünstigung. Strafrechtliche Studie. Berlin 1881
Sauer, Wilhelm	Das Unterlassungsdelikt. Seine Stellung im Gefährdungs- und im Willensstrafrecht. GS 114/279
Schmidt, Eberhard	Die mittelbare Täterschaft. Frank-Festgabe II, Tübingen 1930
	Lehrbuch des deutschen Strafrechts. (Begründet von Franz v.Liszt). Bd.I, 26.Auflage, Berlin und Leipzig 1932
Schönke-Schröder	Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11.Auflage, München-Berlin 1963. 8.Auflage, München-Berlin 1957
Schröder, Horst	Die Koordinierung der drei Begünstigungstatbestände. NJW 62/1037
	Der Täterbegriff als "technisches" Problem. ZStW 57/459

Sieverts, Rudolf	Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht. Hamburg 1934
Stratenwerth, Günter	Der agent provocateur. MDR 53/717
Stree, Walter	Teilnahme am Unterlassungsdelikt. GA 1963 S.1
Träger, Ludwig	Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht. Marburg 1913
Villow	Raub und Erpressung, Begünstigung und Hehlerei. Berlin 1875
Weber, Hellmuth v.	Grundriß des deutschen Strafrechts. 2.Auflage, Bonn 1948
	Zum Aufbau des Strafrechtssystems. Jena 1935
Welzel, Hans	Studien zum System des Strafrechts. ZStW 58 S.491
	Das Deutsche Strafrecht. 7.Auflage, Berlin 1960
	Das neue Bild des Strafrechtssystems. 3.Auflage, Göttingen 1957
Wolf, Erik	Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Sonderdruck aus der Festschrift für Pappenheim. Breslau 1931
Wolff, Ernst Amadeus	Die Tatherrschaft als Merkmal der Täterschaft. Diss. Tübingen 1956
Zimmerl, Leopold	Zur Lehre vom Tatbestand. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 237
Zimmermann, Theo	Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte. NJW 1952/1321
Zweier, Marianne	Untersuchungen über die Vortat der Begünstigung. Diss. München 1959

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT	Besonderer Teil
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Reich
ff.	und folgende
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gerichtssaal
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LB	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar
Mat.	Materialien zur Strafrechtsreform, Bd.1
m.E.	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

§ 1: Einleitung

Rechtsprechung und Lehre haben sich mehrfach mit den Problemen der Teilnahme zur Begünstigung befaßt. Drei Fragen machten dabei vor allem Schwierigkeiten:

a) Bisher ungeklärt ist zunächst, ob es bei der Begünstigung überhaupt echte Teilnahme gibt oder ob in jedem Beistandleisten in Begünstigungsabsicht täterschaftliche Begünstigung liegt.

b) Wenn es Teilnahme zur Begünstigung gibt, ist in einem Sonderfall, bei der Teilnahme des Vortäters an seiner eigenen Begünstigung, fraglich, ob der Vortäter als Teilnehmer bestraft werden kann.

c) Außerdem ist, wenn es Teilnahme zur Begünstigung gibt, die Rechtsprechung zur Strafbarkeit des Verteidigers wegen Beeinflussung von Zeugen zur Aussageverweigerung zu überprüfen.

Es ist bisher nicht gelungen, diese Fragen entsprechend den allgemeinen Teilnahmegrundsätzen zu lösen. Begünstigung wurde immer als ein Tatbestand betrachtet, bei dem die Teilnahmeregeln nicht richtig passen.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, zu überprüfen, ob eine abweichende Behandlung der Teilnahmeprobleme bei Begünstigung notwendig und gerechtfertigt ist oder ob sie nur Folge einer fehlerhaften dogmatischen Erfassung des Wesens der Begünstigung ist.

Zuerst ist dabei zu untersuchen, ob die Beteiligungsformen bei Begünstigung unterscheidbar sind. Erst dann kann eine Lösung der beiden anderen Fragen versucht werden.

ERSTES KAPITEL:

Unterscheidung der Beteiligungsformen bei Begünstigung

§ 2: Problemstellung

I. Ausgangspunkt

Nach § 257 StGB ist wegen Begünstigung strafbar, wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Täter oder Teilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen (sog. persönliche Begünstigung) oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern (sachliche Begünstigung). Tatbestandsmäßige Handlung bei Begünstigung ist also das Beistandleisten zur Strafvereitelung oder zur Vorteilssicherung. Wenn z.B. B dem flüchtigen Verbrecher C eine Flugkarte kauft, um ihn bei der Flucht zu unterstützen, leistet er Beistand zur Strafvereitelung, ist also Begünstiger.

Aber auch der - in alles eingeweihte - Freund A des C, der das Geld für die Flugkarte im Auftrag von B bei der Bank holt, leistet dem C Beistand zur Strafvereitelung. Auch er handelt, um C der Bestrafung zu entziehen und in seiner Handlung liegt für C auch eine wirksame Unterstützung. Auch A müßte man, wenn man § 257 StGB unbefangen liest, als Begünstiger betrachten.

Bei jedem anderen Delikt ist A bei einer entsprechenden Fallgestaltung jedoch ohne Zweifel Gehilfe und nicht Täter. Denn den erstrebten Erfolg will er nicht als eigenen und er beherrscht die Herbeiführung dieses Erfolges auch nicht.

Wenn man A in dem geschilderten Fall als Täter betrachtet, ist kein Fall denkbar, in dem Beihilfe zur Begünstigung vorliegt; denn A leistet immer, wenn er dem B hilft, auch dem C Beistand zur Strafvereitelung. Beihilfe zur Begünstigung würde es dann nicht geben.

Bei der Anstiftung gilt dasselbe. A leistet dem C auch Beistand zur Strafvereitelung, wenn er den B erfolgreich zur Begünstigung auffordert. Durch die Aufforderung zur Begünstigung wird C unterstützt, in der Anstiftung liegt ein Beistandleisten. Auch Anstiftung zur Begünstigung scheint es nicht zu geben. Es scheint, daß jeder Tatbeitrag zur persönlichen Begünstigung Täterschaft begründet, daß es keine Teilnahme zur persönlichen Begünstigung gibt.

II. Gleiche Problemstellung bei persönlicher und sachlicher Begünstigung

Bei der sachlichen Begünstigung entstehen dieselben Fragen; auch hier scheint es keine Anstiftung und keine Beihilfe zu geben, da in jedem Tatbeitrag ein Beistandleisten zur Vorteilssicherung liegt. Auch bei der sachlichen Begünstigung liegt es zunächst nahe, bei jedem Tatbeitrag Täterschaft anzunehmen.

Daß zwischen sachlicher und persönlicher Begünstigung insofern kein Unterschied besteht, ist nicht überraschend. Ein Unterschied kann hier nicht bestehen: Bei beiden Alternativen von § 257 ist strafbar, wer einem anderen zur Erreichung eines bestimmten Erfolges Beistand leistet. Die scheinbare Unmöglichkeit, bei persönlicher Begünstigung Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden, kam daher, daß in jedem Tatbeitrag ein Beistandleisten liegt. Das Tatbestandsmerkmal "Beistandleisten" ist Ursache der Schwierigkeiten. Das Beistandleisten ist jedoch Tatbestandsmerkmal der persönlichen und der sachlichen Begünstigung. Dann müssen auch bei beiden Alternativen der Begünstigung dieselben Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Beteiligungsformen entstehen. Daß der erstrebte Erfolg verschieden ist, kann sich nicht auswirken. Da der tatbestandliche Aufbau beider Alternativen gleich ist - bei beiden Alternativen ist das Beistandleisten zur Erreichung eines bestimmten Erfolges strafbar -, muß auch für beide Alternativen

einheitlich festgestellt werden können, ob die Beteiligungsformen unterscheidbar sind.

§ 3: Bisherige Lösungsversuche

I. In der Rechtsprechung

Vom Reichsgericht wurde in einigen Entscheidungen die Ansicht vertreten, es gäbe bei § 257 keine echte Teilnahme, jeder Tatbeitrag begründe Täterschaft. Besonders deutlich kommt diese Auffassung in einer Entscheidung vom 13. Februar 1890[1)] zum Ausdruck. Das Reichsgericht hatte in dieser Entscheidung folgenden Fall zu beurteilen:

In einem Strafverfahren hatte eine Freundin des Angeklagten vergeblich eine Zeugin gebeten, zugunsten des Angeklagten falsche Aussagen zu machen.

Das Berufungsgericht sah in diesem vergeblichen Beeinflussungsversuch eine vollendete Begünstigung. Das Reichsgericht bestätigte diese Auffassung mit folgender Begründung:

"Zum Tatbestand der persönlichen Begünstigung genügt jede Handlung, welche in der Absicht verübt wird, nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens den Täter oder Teilnehmer der Bestrafung zu entziehen und welche geeignet ist, diesen Erfolg herbeizuführen. Daß der Erfolg wirklich eintritt, ist nicht erforderlich; die Vollendung der Begünstigung liegt schon in der Handlung, wenn auch der erstrebte Zweck derselben nicht erreicht wird."

"Der Versuch der Verleitung eines Dritten zu wahrheitswidrigen uneidlichen Aussagen zugunsten eines Verbrechers, um denselben der Bestrafung zu entziehen, kann hiernach also den Tatbestand des § 257 StGB erfüllen, wenn auch der Versuch fehlgeschlagen ist und der Dritte sich nicht verleiten

---

1) RGSt 20/233

ließ. Es kann zwar der Revision zugegeben werden, daß in einer solchen Handlung an sich der mißlungene Versuch der Anstiftung dieses Zeugen, selbst eine Begünstigung zu begehen, gefunden werden kann und daß unter diesem Gesichtspunkt eine Strafe der versuchten Anstiftung nicht begründet werden könnte; (nach § 49 a ist nur die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen strafbar, Begünstigung ist jedoch nur ein Vergehen, d. Verf.); allein die Verurteilung des Angeklagten konnte unmittelbar aus § 257 StGB erfolgen, weil in der, wenn auch erfolglosen, Einwirkung auf die Zeugin an sich schon eine Betätigung der Absicht, den Verbrecher der Bestrafung zu entziehen, also eine vollendete Begünstigung nach § 257 StGB, liegt."[1)]

Das RG bewertete also jede Handlung, die in Begünstigungsabsicht begangen wird und geeignet ist, den Begünstigungserfolg zu bewirken, als täterschaftliche Begünstigung, unabhängig davon, ob der Vortäter mittelbar oder unmittelbar unterstützt wird und unabhängig davon, ob animus auctoris oder animus socii vorliegt.

In anderen Entscheidungen[2)], in Fällen, in denen die Anstiftung erfolgreich war, in denen eine Bestrafung auch nach den Teilnahmevorschriften möglich war, hat das RG die im 20. Band aufgestellten Grundsätze nicht mehr erwähnt. Das RG prüfte in diesen Entscheidungen überhaupt nicht, ob der Anstifter, weil er voll tatbestandsmäßig handelte, als Täter bestraft werden könnte.

---

1) Ebenso RGSt 9/244 und RG in DR 39/1067, Schönke-Schröder, 8. Auflage, § 47 Vorbem. V 4, Jagusch in LK, § 257 Anm. 2 b.
Nach Rethwisch, Begünstigung, S. 54, kann die Begünstigung grundsätzlich auch in der Form der Anstiftung oder Beihilfe zu einer Beistandsleistung auftreten. Nur dann, wenn dem Anstifter oder Gehilfen die Absicht fehle, dem Vortäter zu helfen, liege Teilnahme zur Begünstigung vor.
Binding, LB Bd. II, 2. Abt., S. 652 Anm. 1, hält die Entscheidung RG 20/233 für richtig.
Nach Villow, Raub und Erpressung, S. 73, ist eine Beihilfe zur Begünstigung nicht denkbar, ohne Begünstigung zu werden.

2) Vgl. RGSt 14/102; RGSt 50/364; RGSt 60/346/348

In einer Entscheidung im 63. Band[1] lehnte das RG dann die Auffassung, "wer einen anderen dazu anstifte, ihn zu begünstigen, begünstige sich selbst", ausdrücklich ab, "weil die Tat des Angestifteten nicht die des Anstifters ist." Nach dieser Entscheidung ist derjenige, der nur eine Begünstigung veranlaßt, nicht Täter, sondern nur Teilnehmer.

Auch der BGH hat Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme zur Begünstigung. In einer Entscheidung vom 22.5.1962[2] geht der BGH davon aus, daß Anstiftung zur Begünstigung des Anstifters "eigentlich täterschaftliches Verhalten" sei, jedoch gleichzeitig "als Teilnahme an fremder Tat denkbar ist."

Wegen täterschaftlicher Begünstigung hätte der BGH den Vortäter, der zu seiner eigenen Begünstigung anstiftet, nicht bestrafen können, da § 257 die Begünstigung eines anderen erfordert, Selbstbegünstigung also schon nicht tatbestandsmäßig ist[3]. Wenn dasselbe Verhalten jedoch gleichzeitig als Teilnahme an fremder Tat betrachtet werden kann, dann kann der Vortäter, wenigstens nach Ansicht des BGH, nach den §§ 48, 49 bestraft werden[4].

Die Entscheidungen der Rechtsprechung zur Teilnahme bei Begünstigung sind untereinander widersprüchlich. Eine klare Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ist der Rechtsprechung bisher nicht gelungen. Unbefriedigend ist vor allem, daß immer die Beteiligungsform angenommen wurde, bei der im konkreten Fall eine Bestrafung möglich war. Wer erfolglos zur Begünstigung anstiftet, wurde wegen vollendeter, täterschaftlicher Begünstigung bestraft; der Vortäter, der seine eigene Begünstigung veranlaßt, soll dagegen nicht Täter, sondern nur Anstifter sein.

---

1) S. 375
2) BGH in MDR 1962/751
3) BGHSt 9/73; Schönke-Schröder § 257 Nr. 39
4) BGHSt 5/75 und BGHSt 17/236; vgl. unten § 9.

II. Lösungsversuche im Schrifttum

1. Frank[1] und v. Liszt[2] wandten gegen die Entscheidung des RG vom 13. Februar 1890 ein, der Begriff des Beistandsleistens erfordere eine Besserstellung des Begünstigten gegenüber der Behörde. Zwar gehöre die Erreichung des Endzwecks nicht zum Tatbestand, aber der bloße Versuch zu helfen sei noch keine Hilfe. So wie zum Betrug "die Vermögensschädigung als erster und nächster Erfolg gehört, so zur Begünstigung die tatsächliche Gewährung von Beistand."[3]

Durch eine erfolglose Anstiftung zur Begünstigung habe sich die Lage des Vortäters noch nicht verbessert, in der versuchten Anstiftung liege also noch keine vollendete Beistandsleistung i.S. v. § 257. Es liege lediglich eine straflose versuchte Begünstigung vor.

Die Entscheidung des RG wird also nur deshalb abgelehnt, weil die versuchte Anstiftung nicht tatbestandsmäßig sei, da die erforderliche Besserstellung fehle. Lediglich deshalb soll eine Bestrafung wegen vollendeter, täterschaftlicher Begünstigung nicht möglich sein.

Nicht kritisiert wird die Behauptung des RG, auch bei mittelbaren Förderungshandlungen sei eine Verurteilung unmittelbar aus § 257, nicht nur nach den Teilnahmevorschriften, möglich, da auch bei mittelbaren Beistandsleistungen "eine Betätigung der Absicht, den Verbrecher der Bestrafung zu entziehen, also eine vollendete Begünstigung," vorliege[4]. Frank und v. Liszt hätten wohl keine Bedenken gehabt, bei erfolgreichen mittelbaren Förderungsmaßnahmen täterschaftliche Begünstigung anzunehmen.[3] Sie gingen davon aus, daß

---

1) In ZStW 12/319

2) Lehrbuch S. 599; ebenso Heimberger in JW 29/2731 und Allfeld, Lehrbuch, S. 574.

3) Frank aaO

4) RGSt 20/233

5) Besonder deutlich wird dieser Standpunkt bei Allfeld. Nach Allfeld, LB S. 574, liegt eine vollendete Begünstigung erst vor, wenn dem Vortäter "eine wirkliche Förderung irgendwelcher Art zuteil" wurde. Bei den Beispielen zur persönlichen Begünstigung führt er dann auch "die Verleitung anderer zu unwahren Aussagen" auf (LB S. 572).

2. Schröder[1] hat versucht, das unbefriedigende Ergebnis der Entscheidung RGSt 20/233 durch Anwendung der Teilnahmeregeln bei mittelbaren Förderungsmaßnahmen zu vermeiden. Wenn in der Aufforderung zur Falschaussage lediglich Teilnahme zur Begünstigung liegt, ist eine Bestrafung bei erfolgloser Aufforderung ja nicht möglich, da versuchte Anstiftung zu einem Vergehen nicht strafbar ist.

Auch Schröder geht davon aus, daß derjenige, der die im Tatbestand beschriebene Handlung eigenhändig ausführt, der voll tatbestandsmäßig handelt, immer Täter sei[2]. Schröder kann daher, ebenso wie Frank und v. Liszt, erfolglose Anstiftungshandlungen nur dann als nicht täterschaftlich (und damit als straflos) bezeichnen, wenn er nachweist, daß diese Handlungen nicht tatbestandsmäßig sind.

a) Tatbestandsmäßig i.S.v. § 257 sind nach Schröders jetziger Ansicht[3] alle Handlungen, die auf die Herbeiführung des Begünstigungserfolges gerichtet sind. Die tatbestandsmäßige Handlung ist nach seiner Ansicht bei Begünstigung nicht näher beschrieben. Die Beschreibung mit den Worten "Beistand leisten" bezeichnet er als " objektiv farblos". Schröder betrachtet Begünstigung jetzt als Unternehmensdelikt, bei dem Vollendung und Versuch auf eine Stufe gestellt sind. Da dann auch die Regeln über den untauglichen Versuch anzuwenden sind[4], sind auch ungeeignete Beistandsleistungen strafbar. Jede Handlung, die den Begünstigungserfolg herbeiführen soll, ist tatbestandsmäßig, unabhängig davon, ob der Erfolg eintritt oder nicht und unabhängig davon, ob die Handlung zur Herbeiführung des Erfolges objektiv geeignet war oder nicht.

Auf dem Begünstigungserfolg gerichtet sind jedoch auch die mittelbaren Förderungsmaßnahmen. Um hier nicht auch

---

1) Schönke-Schröder, § 257 Nr. 20

2) Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. Nr. 3

3) Schönke-Schröder, § 257 Nr. 20. Ebenso Schröder in NJW 1962/1037. a.A. noch Schönke-Schröder, 10. Aufl., § 257 III 1.

4) Schröder in NJW 1962/1037

Täterschaft annehmen zu müssen, fordert Schröder "entsprechend der Grenzziehung zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlungen, ... daß das Beistandleisten zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege dienen soll". Bei mittelbaren Förderungsmaßnahmen soll nur Teilnahme zur Begünstigung vorliegen. Im Versuchsbereich, bei erfolglosen Unterstützungsmaßnahmen, sollen nur die Beistandsleistungen Täterschaft begründen, die nach der Vorstellung des Handelnden die Rechtspflege unmittelbar gefährden sollen; im Vollendungsbereich, bei erfolgreichen Unterstützungshandlungen, liegt Täterschaft nur vor, wenn die Beistandsleistung dem Vortäter unmittelbar zugute kam. Anders soll es nach Schröders Ansicht nur sein, wenn auf die Mittelsperson in einer Weise eingewirkt wurde, die deren freie Entscheidung beeinträchtigte.

b) Bei einer kritischen Würdigung von Schröders Auffassung über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Begünstigung soll zunächst seiner jetzigen Auffassung über den tatbestandlichen Aufbau von § 257 gefolgt werden, es soll zunächst also davon ausgegangen werden, daß Begünstigung echtes Versuchsdelikt ist.

aa) Im Versuchsbereich, bei erfolglosen Beistandsleistungen, müssen dann straflose Vorbereitungs- von strafbaren Ausführungshandlungen unterschieden werden. Eine strafbare Ausführungshandlung liegt dabei erst in der Tätigkeit, die nach dem Gesamtplan des Täters unmittelbar zur Gefährdung der Schutzobjekte des betreffenden Tatbestandes führt[1]; sonst liegt nur eine straflose Vorbereitungshandlung vor. Eine unmittelbare Gefährdung kann dabei jedenfalls nur dann angenommen werden, wenn bei erfolgreicher Tat Täterschaft anzunehmen wäre; Handlungen, die bei vollendeter Tat nur Teilnahme wären, gefährden im Versuchsbereich das geschätzte Rechtsgut nicht unmittelbar, sie sind nur Vorbereitungshandlungen.

---

1) Schönke-Schröder, § 43 Nr.10; ähnlich Welzel, LB S.167

Die Feststellung, daß bei vollendeter Tat Täterschaft anzunehmen wäre, genügt jedoch noch nicht, um eine Ausführungshandlung anzunehmen. Daneben muß auch noch festgestellt werden, daß mit der ausgeführten Handlung unmittelbar zur Rechtsgutsverletzung angesetzt wurde.

Bei mittelbaren Förderungsmaßnahmen liegt diese zweite Voraussetzung grundsätzlich nicht vor, die Unterstützungshandlung soll nicht zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege führen. Eine Ausführungshandlung liegt schon deshalb nicht vor; auf die Frage, ob an sich Täterschaft oder Teilnahme vorliegt, kommt es dann nicht mehr an. Mittelbare Förderungsmaßnahmen sind im Versuchsbereich also grundsätzlich nur Vorbereitungshandlungen, im Versuchsbereich kann Schröders Meinung im Ergebnis also gefolgt werden.

Anders ist es jedoch im Vollendungsbereich, wenn die Förderungsmaßnahmen erfolgreich waren. Eine Unterscheidung der verschiedenen Förderungshandlungen entsprechend der Grenzziehung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen ist hier nicht möglich. Wenn die Tat vollendet ist, entfällt die Aufgabe, Vorbereitungshandlungen, "die wegen ihres unzugänglichen verbrecherischen Gehalts straflos"[1] sind, von Ausführungshandlungen abzugrenzen. Alle für den eingetretenen Erfolg kausalen Beiträge sind dann strafbar. Fraglich ist nur, ob unter den einzelnen Tatbeiträgen zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden werden kann.

Ob der Beitrag dem Vortäter mittelbar oder unmittelbar zugute kommt, kann nicht allein entscheidend sein. Für die Abgrenzung würde hier ein rein objektives Kriterium verwandt, obwohl heute anerkannt ist, daß eine rein objektive Differenzierung der Beteiligungsformen nicht möglich ist[2]. Die Unterscheidung der Beteiligungsformen muß außerdem bei allen Delikten nach den gleichen Grundsätzen

---

1) Welzel, LB S. 167

2) Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. 51; Maurach, AT S. 490

erfolgen[1], es ist nicht möglich, bei Begünstigung an Hand von einer auf § 257 beschränkten objektiven Teilnahmetheorie abzugrenzen.

Im Vollendungsbereich kann also, wenn Begünstigung als echtes Versuchsdelikt betrachtet wird, zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen nicht danach unterschieden werden, ob die Rechtspflege mittelbar oder unmittelbar gefährdet wird. Im Versuchsbereich wird mit dem Begriff der Unmittelbarkeit lediglich zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen unterschieden; über die Teilnahmeform ist damit jedoch nichts ausgesagt.

Wenn § 257 Versuchsdelikt ist, können die Beteiligungsformen bei erfolgreichen und bei erfolglosen Unterstützungshandlungen also nicht mit dem Begriff der Unmittelbarkeit unterschieden werden.

bb) Früher[2] hatte Schröder Begünstigung nicht als Versuchsdelikt betrachtet. Er betrachtete früher nicht alle Handlungen, die auf die Herbeiführung des Begünstigungserfolges gerichtet sind, als tatbestandsmäßig. Tatbestandsmäßig sollten vielmehr nur die Handlungen sein, die objektiv geeignet sind, den Begünstigungserfolg herbeizuführen, denn nur generell geeignete Handlungen gefährden die Rechtspflege.
Von dieser Auffassung über den tatbestandlichen Aufbau der Begünstigung aus entwickelte Schröder dann das Erfordernis der Unmittelbarkeit. Generelle Eignung nahm er nur an, wenn die Rechtspflege unmittelbar gefährdet ist. Handlungen, die die Rechtspflege nur mittelbar gefährden, seien nicht geeignet und damit nicht voll tatbestandsmäßig .

Wenn mittelbare Unterstützungshandlungen nicht tatbestandsmäßig sind, entfällt der Zwang, Täterschaft anzunehmen. Täterschaft liegt dann grundsätzlich nur bei

---

1) Schröder stellt sonst entscheidend auf die Willensrichtung der Beteiligten ab; vgl. Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. 53.

2) Vgl. Schönke-Schröder, 10. Auflage, § 257 III 1

unmittelbaren Förderungsmaßnahmen vor; bei mittelbaren Unterstützungshandlungen ist Täterschaft nur in den seltenen Fällen anzunehmen, in denen der Hintermann mit animus auctoris handelte.

Oben wurde nachgewiesen, daß Täterschaft und Teilnahme nicht mit dem Begriff der Unmittelbarkeit abgegrenzt werden können, wenn Begünstigung Versuchsdelikt ist. Nachzuprüfen bleibt, ob das auch gilt, wenn man nur geeignete Beistandsleistungen für tatbestandsmäßig hält.

Wenn sich dabei ergeben sollte, daß von dieser Auffassung aus zwischen den Beteiligungsformen unterschieden werden kann, wäre weiter zu prüfen, ob die Auffassung, daß nur geeignete Beistandsleistungen tatbestandsmäßig sind, richtig ist.

Die Prüfung, ob Unmittelbarkeit verlangt werden kann, wenn man nur geeignete Beistandleistungen für tatbestandsmäßig hält, ist auch noch bedeutsam, nachdem Schröder, der diese Lösung vorgeschlagen hatte, Begünstigung jetzt als echten Versuchstatbestand betrachtet. Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums[1] halten weiterhin nur geeignete Handlungen für tatbestandmäßig, und ein Rückgriff auf Schröders frühere Konstruktion liegt immer nahe[2]. Jedenfalls ist hier ein Ansatzpunkt für die Lösung der Frage, ob es Teilnahme zur Begünstigung gibt, aufgezeigt worden.

Wenn Begünstigung nicht Versuchsdelikt ist, kann allerdings der Herleitung des Begriffs "Unmittelbarkeit" aus der Grenzziehung zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlungen nicht gefolgt werden. Wenn nur die Handlungen tatbestandsmäßig sind, die zur Gefährdung der Rechtspflege geeignet sind, entfällt die Aufgabe, Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen voneinander abzugrenzen. Lediglich durch Auslegung des Tatbestandsmerkmals Beistandleisten

---

1) Zitate s. S. 24 Anm.3

2) Gretener (S. 155) hatte schon im Jahre 1879 die Ansicht vertreten, mittelbare Unterstützungen seien nicht tatbestandsmäßig.

ist dann der Bereich des Strafbaren zu ermitteln. Wenn ein wirkliches Beistandleisten nur in generell geeigneten Handlungen liegt, sind nur geeignete Förderungsmaßnahmen tatbestandsmäßig. Ob eine Beistandsleistung geeignet ist, kann nur objektiv festgestellt werden; entscheidend ist die objektive Gefährlichkeit der Handlung. Der Tatplan des Täters spielt hier, anders als bei der Unterscheidung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen[1], keine Rolle. Geeignete Beistandsleistungen können deshalb von ungeeigneten Beistandsleistungen auch nicht entsprechend der Grenzziehung von Vorbereitungs- und Versuchshandlungen unterschieden werden; das Erfordernis der Unmittelbarkeit kann nicht hieraus abgeleitet werden.

Es kann jedoch durch Auslegung der Eignung gewonnen werden. Wann man von einer Unterstützungshandlung sagen will, sie sei geeignet, ist letztlich eine Wertungsfrage. Die Meinung, nur die Handlungen seien geeignet, die die Rechtspflege unmittelbar gefährden, ist jedenfalls logisch nicht widerlegbar.

Wenn man nur geeignete Beistandsleistungen als tatbestandsmäßig betrachtet, kann man also auch der Ansicht sein, nur unmittelbar geeignete Förderungsmaßnahmen seinen tatbestandsmäßig, nur bei ihnen müsse Täterschaft angenommen werden; bei mittelbaren Unterstützungshandlungen liegt dann grundsätzlich nur Teilnahme vor, die Beteiligungsformen sind unterscheidbar.

Wenn das Erfordernis der Unmittelbarkeit jedoch nur zur Entscheidung der Frage, welche Handlungen geeignet sind, dient und wenn die Forderung nach Unmittelbarkeit nur aus dem Erfordernis der Eignung ableitbar ist, kann Unmittelbarkeit nicht verlangt werden, wenn Eignung nicht verlangt werden kann. Wenn alle auf den Begünstigungserfolg gerichteten Unterstützungsmaßnahmen tatbestandsmäßig sind, nicht nur die geeigneten, kann auch nicht gesagt werden, nur die unmittelbar geeigneten seinen

---

1) Vgl. Schönke-Schröder, § 43 Nr. 10

tatbestandsmäßig. Die von Schröder früher entwickelte Lösung ist also nur dann möglich, wenn man an der Forderung nach Eignung festhält[1].

III. Zusammenfassung

Rechtsprechung und Lehre haben bisher nicht versucht, die Frage, ob es Teilnahme zur Begünstigung gibt, an Hand der allgemeinen Teilnahmeregeln zu beantworten. Es wurde immer davon ausgegangen, daß es nach den allgemeinen Teilnahmeregeln keine Teilnahme zur Begünstigung gebe, daß jede Unterstützungsmaßnahme an sich Täterschaft begründe. In der Literatur wurde deshalb versucht, durch Aufstellung zusätzlicher Anforderungen an die Tatbestandsmäßigkeit zwischen den verschiedenen Unterstützungsmaßnahmen zu unterscheiden.

Der Ausgangspunkt dieser Versuche, die Meinung, bei Begünstigung könne nach den allgemeinen Teilnahmeregeln nicht zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden werden, ist im folgenden zu überprüfen.

§ 4: Differenzierung der Beteiligungsformen nach der subjektiven Theorie

I. Inhalt der subjektiven Theorie

Reichsgericht[2] und Bundesgerichtshof[3] haben Täterschaft und Teilnahme meist nach der subjektiven Theorie abgegrenzt.

---

1) Ob nur geeignete Beistandsleistungen tatbestandsmäßig sind, wird unter S. 33ff geprüft.

2) RGSt 2/162; 3/182/ 74/85 (Badewannenfall).

3) BGHSt 3/350; 8/73; 8/393; 16/12; BGH in MDR 63/147;

Theoretische Grundlage der subjektiven Theorie[1] ist der extensive Täterbegriff. Der extensive Täterbegriff[2] faßt den Tatbestand als "Werturteil über Rechtsgutsverletzungen" auf[3]. Die Verletzung des Rechtsguts, des geschützten Interesses, bewirkt die Tatbestandserfüllung. Tatbestandsmäßig ist jede Handlung, die für die Rechtsgutsverletzung ursächlich ist[4].

Wenn die Kausalität für die Rechtsgutsverletzung die Tatbestandsmäßigkeit begründet, dann können Kriterien, die den Teilnehmern ausklammern, im Tatbestand nicht gefunden werden[5]. Kausalität für den Erfolg ist ja gemeinsames Merkmal aller Beteiligungsformen. "Das objektive Kriterium 'ausführen' für den Täter oder 'unterstützen' für den Teilnehmer kann nicht herangezogen werden, denn die Tatbestands- und Täterlehre findet ja ihre Begründung darin, daß der Tatbestand eine Beschreibung der So-Beschaffenheit der Handlung nicht enthält".[6]

Wenn wegen der kausalen Gleichwertigkeit aller Bedingungen für den Erfolg[7] objektive Unterschiede nicht bestehen, dann kann die Differenzierung, die das Gesetz ja will, nur auf subjektivem Gebiet, mit einer subjektiven Theorie, erfolgen.

Nach den subjektiven Theorien ist Täter, wer die Tat als eigene will, wer den Täterwillen hat. Der Teilnehmer

---

1) Die subjektive Teilnahmetheorie braucht hier selbstverständlich nicht erschöpfend dargestellt zu werden; es ist vielmehr ausreichend, sie so weit herauszuarbeiten, daß entschieden werden kann, ob es nach ihr Teilnahme zur Begünstigung gibt.
2) Vgl. Gallas, Materialien, S. 122; Maurach AT S. 511; Dahs, Beiträge, S. 72
3) Eb. Schmid, Frank-Festgabe II, S. 117
4) Gallas, Materialien, S. 122; Wolff, Tatherrschaft, S. 6; Baumann in NJW 62/375.
5) Schröder, ZStW 57/466
6) Wolff, Tatherrschaft, S. 7
7) RFSt 74/85

will dagegen die Tat als fremde, er hat den animus socii. Insoweit sind sich alle Anhänger von subjektiven Theorien einig.

Strittig war jedoch lange, was unter dem Begriff Täterwillen sachlich zu verstehen ist; dieser Begriff kann ganz verschiedene Bedeutungen haben. Die Ausfüllung durch die Rechtsprechung hat mehrfach gewechselt.

1. In der Entscheidung vom 10. Januar 1956[1] führt der BGH aus, der Täterwille sie "keine einfache innere Tatsache". Was der Beteiligte wollte, sei "vielmehr auf Grund aller Umstände, die von seiner Vorstellung umfaßt waren, vom Gericht wertend zu ermitteln." Dabei sei "ein wesentlicher Anhaltspunkt, inwieweit er den Geschehensablauf mitbeherrscht, so daß Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch von seinem Willen abhängen."

Rechtserheblich soll nicht mehr sein, ob der Täter die Tat als eigene gewollt hat, sondern "ob er die Tat unter Vorstellungen gewollt hat, wonach er sie als eigene zu empfinden hatte[2]." An die Stelle der Selbsteinschätzung des Handelnden tritt eine objektive, allgemeingültige Bewertung auf Grund seiner Vorstellungen[3]: Das Interesse am Erfolg der Tat ist nicht mehr alleiniges Kriterium des Täterwillens, es gibt Täterschaft ohne Erfolgsinteresse[4]. Das Erfolgsinteresse ist nur noch ein Indiz des Täterwillens. Ein weiteres Indiz ist der Tatherrschaftswille[5]. Der Tatherrschaftswille liegt dabei grundsätzlich vor, wenn Tatherrschaft objektiv gegeben ist.

---

1) BGHSt 8/39

2) Nowakowski in JZ 56/547

3) Nowakowski aaO

4) Im Fall Staschynski (MDR 63/147) wurde das Erfolgsinteresse wieder stärker betont.

5) Baumann, Lehrbuch, AT. S. 445; BGHSt 16/12

Da der BGH bei der Abgrenzung der Beteiligungsformen neben subjektiven auch objektive Kriterien verwendet, ist die Auffassung des BGH als Ausgangspunkt für die Untersuchung der Frage, ob es nach der subjektiven Teilnahmetheorie Teilnahme zur Begünstigung gibt, nicht geeignet. Die Untersuchung wird klarer, wenn zunächst von einer rein subjektiven Theorie und der final-objektiven Theorie ausgegangen wird und erst dann geprüft wird, ob auch eine Abgrenzungslehre, die Elemente dieser beiden Theorien enthält, zu denselben Ergebnissen führt.

2. Das Reichsgericht hatte den Begriff Täterwillen anders verstanden als der BGH. Die spätere Rechtsprechung des RG hatte Täterwillen dann angenommen, wenn eigenes Interesse am Erfolg vorlag (Interessentheorie). Im sog. Badewannenfall[1] führte das RG aus: "Ob jemand die Tat als eigene will, richtet sich vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, nach dem Grad seines eigenen Interesses am Erfolg".

Von der Interessentheorie aus kann gegen die Entscheidungen des RG zu mittelbaren Förderungshandlungen nichts eingewandt werden: Es ist sicher richtig, daß die Anstifterin in RG 20/233 mit Erfolgsinteresse handelte. Sonst hätte sie ja nicht angestiftet. Allerdings hat auch der Vortäter, der seine eigene Begünstigung unterstützt, starkes Interesse am Erfolg, wäre also ebenfalls Täter[2].

Die Interessentheorie macht aber nicht nur bei Begünstigung eine sinnvolle Differenzierung unmöglich. Sie führt auch bei allen anderen Tätigkeits- und Erfolgsdelikten zu falschen Ergebnissen. Insofern liegt kein besonderes Problem der Teilnahme zur Begünstigung vor.

Die Interessentheorie wurde im Schrifttum auch von den Anhängern einer subjektiven Abgrenzung einhellig abge-

---

1) RGSt 74/85

2) Lange, Notwendige Teilnahme, S.88, kommt u.a. auch mit dieser Begründung zur Straflosigkeit des Vortäters, der zu seiner Begünstigung anstiftete.

lehnt[1] und ist inzwischen von der Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben worden[2].

Sie war schon deshalb falsch, weil das Gesetz in einigen Tatbeständen Handeln in fremdem Interesse voraussetzt (z.B. in § 216) oder doch zuläßt (in den §§ 253 und 263).

3. Vor der Interessentheorie hatte das RG die sog. Dolustheorie[3] vertreten. Nach der Dolustheorie hat der Teilnehmer nur einen vom Täter abhängigen Willen; er unterwirft seinen Willen dem des Täters dergestalt, "daß er es ihm anheimstellt, ob die Tat zur Vollendung kommen solle oder nicht. Im Gegensatz zu diesem abhängigen Willen des Gehilfen erkennt hingegen der Mittäter einen den seinigen beherrschenden Willen nicht an"[4]. Nur auf die Willensrichtung, nicht auf die objektive Beteiligung, kommt es nach Ansicht des Reichsgerichts an[5]. Es gibt keine äußeren Sachverhalte, die den Täterwillen indizieren würden.

Von dieser Form der subjektiven Theorie soll im folgenden ausgegangen werden.

II. Die Abhängigkeit des animus vom Objekt des Vorsatzes.

Entscheidend ist bei der subjektiven Theorie also lediglich, wie der Beteiligte die Tat will, welche innere Einstellung er zur Tat hat.

Bevor entscheiden werden kann, ob Täter- oder Teilnehmervorsatz vorliegt, muß geklärt werden, welchen Inhalt der

---

1) Vgl. Mezger, AT S.230

2) BGHSt 8/394

3) z.B. in RGSt 3/181; besonders deutlich RGSt 66/236; vgl. Bockelmann, Täterschaft und Teilnahme, S.49

4) RGSt 3/181

5) Demgegenüber stellt BGHSt 8/393 auf die Mitbeherrschung des Geschehensablaufs und auf das "enge Verhältnis ... zu der Tat", also auf objektive Kriterien, ab.

Vorsatz bei einem bestimmten Delikt hat. Bevor die Qualifikation des Vorsatzes geprüft werden kann, muß ja über das Objekt der Bewertung Einigkeit bestehen. Nur von einem genau beschriebenen Vorsatz kann die zusätzliche Feststellung getroffen werden, es sei ein Täter- bzw. Teilnehmervorsatz.

Der Vorsatz bezieht sich auf die Tatbestandsverwirklichung. Objekt des Vorsatzes ist die Tat[1]. Der Inhalt des Vorsatzes hängt von der Tat ab. Bevor nicht geklärt ist, worin beim einzelnen Tatbestand die Tatbestandsverwirklichung liegt, kann nicht geklärt werden, was Inhalt des Vorsatzes ist.

Bei der Prüfung, ob ein Beteiligter die Tat (richtiger: die Tatbestandsverwirklichung) als eigene oder als fremde will, ist also folgendermaßen vorzugehen:

a) Zunächst ist zu klären, was die Tatbestandsverwirklichung ausmacht.
b) Damit ist auch der Inhalt, den der Vorsatz haben muß, beschrieben.
c) Dieser genau beschriebene Vorsatz ist dann zu qualifizieren.

Die Qualifikation des Vorsatzes hängt also vom Objekt des Vorsatzes, von der Tat, ab, Täter ist, wer die Tat als eigene will.

Dabei kann maßgeblicher Inhalt der Tat eine Tätigkeit oder ein Erfolg sein. Je nachdem muß die im Tatbestand beschriebene Tätigkeit[2] oder der beschriebene Erfolg[3] als eigener gewollt sein.

Zunächst ist also festzustellen, was maßgeblicher Inhalt der Tat ist, ob ein bestimmtes Delikt schlichtes Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt ist. Wenn es Erfolgsdelikt ist, ist weiter zu klären, welcher Erfolg zur tatbestandlichen Vollendung erforderlich ist. Erst dann, wenn das Objekt

---

1) Welzel, LB S.59
2) RGSt 37/93
3) RGSt 66/240; 72/24

des Vorsatzes feststeht, kann entschieden werden, ob hinsichtlich dieses Objektes Täter- oder Teilnehmervorsatz vorliegt.

Bei § 257 könnte die Begünstigungshandlung, das Beistandleisten, Objekt des Vorsatzes sein. Tätervorsatz hätte, wer mit Begünstigungsabsicht Beistand leistet und diese Tätigkeit als seine eigene will.

Ein Beistandleisten in Begünstigungsabsicht liegt dabei sowohl in unmittelbaren als auch in mittelbaren Unterstützungshandlungen[1]. Auch derjenige, der nur eine fremde Begünstigung veranlaßt, würde die beschriebene Tätigkeit ausführen, auch er wird in Begünstigungsabsicht tätig.

In Bezug auf diese Tätigkeit, auf das versuchte Beeinflussen von Zeugen beispielsweise, hat er auch Tätervorsatz; insofern hat er seinen Vorsatz nicht dem Tatentschluß des Haupttäters untergeordnet. Seine eigene Tätigkeit kann man nur als eigene wollen[2], nur von einem Erfolg kann man wollen, daß er überwiegend das Werk eines anderen sei.

Wenn der Vorsatz auf das Beistandleisten bezogen wird, ist also auch der mittelbar Handelnde Täter, es gibt dann keine Teilnahme[3].

Objekt des Vorsatzes könnte aber auch der erstrebte Begünstigungserfolg sein. Tätervorsatz hätte dann nur, wer

---

1) a.A. Schröder, vgl. oben S.9

2) Baumann, JuS 63/56: Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten ist Täter derjenige, der die im Tatbestand umschriebene sozialschädliche Tätigkeit entfaltet.

3) Rethwisch, Begünstigung, S.54, nimmt Teilnahme dann an, wenn der mittelbar Handelnde keine Begünstigungsabsicht hatte; wenn "die Absicht, dem Haupttäter einen Dienst zu erweisen", vorliegt, nimmt Rethwisch immer Täterschaft an.

Nachdem der BGH (BGHSt 4/107) nachgewiesen hat, daß Absicht bei § 257 nicht Beweggrund bedeutet, daß es vielmehr genügt, wenn der Wille des Täters auf den Erfolg gerichtet ist, kann die Unterscheidung von Rethwisch nicht mehr aufrechterhalten werden. Denn auch beim Anstifter liegt ein auf den Erfolg gerichteter Wille vor.

diesen Erfolg als eigenen will. Der nur mittelbar Beistandleistende hätte dann im Normalfall nur Teilnehmervorsatz; er überläßt dem unmittelbar Handelnden die Entscheidung über die Herbeiführung des Erfolges. Bei dieser Auffassung wäre eine befriedigende Differenzierung möglich.

Die Entscheidung über das Objekt des Vorsatzes und damit über die Unterscheidbarkeit der Beteiligungsformen hängt also davon ab, ob Begünstigung Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt ist.

1. Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten genügt es, daß der Täter eine bestimmte, im Tatbestand genau beschriebene Tätigkeit entfaltet[1]. Die Handlung selbst bildet den tatbestandlichen Schlußpunkt[2], zum Tatbestand gehört kein außerhalb der Tätigkeit liegender Erfolg[3]. Der Handlungsunwert tritt besonders deutlich in Erscheinung[4].

2. Bei den Erfolgsdelikten gehört zum Tatbestand außer der Handlung noch ein weiterer, von der Tätigkeit raumzeitlich klar abgrenzbarer[5] Erfolg. Die Tätigkeit muß für den Erfolg kausal sein. Nach dem extensiven Täterbegriff und der kausalen Handlungslehre wird im Tatbestand in der Regel nur der Erfolg beschrieben. Jede Handlung, die für den Erfolg kausal ist, ist, da im Tatbestand eine bestimmte Handlung nicht beschrieben wird, tatbestandsmäßig[6]. Der Erfolgsunwert dominiert[7].

---

1) Mezger, AT S.101; Baumann, LB S.105

2) Maurach, AT S.127

3) H.Mayer, AT S.127

4) Maurach, a.a.O.; H.Mayer, AT S.146

5) H.Mayer, AT S.127; Maurach, AT S.189: Der Erfolg tritt erst nach Ablauf einer vom Täter angestoßenen, von der Handlung gedanklich trennbaren Kausalreihe ein.

6) Baumann, Lehrbuch S.105

7) Welzel, Neues Bild, S.30

III. Die Begünstigung als Erfolgsdelikt

Hat sich nun bei § 257 der Vorsatz auf eine genau beschriebene Tätigkeit zu beziehen oder ist jede (versuchte oder erfolgreiche) Verursachung eines bestimmten, im Tatbestand beschriebenen Erfolges strafbar? Ist die Begünstigung Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt?

Die Rechtsprechung bezog den Vorsatz auf die Tätigkeit des Beistandleistens[1] und nahm deshalb auch bei erfolglosen Beeinflussungsversuchen Täterschaft an. Auch Mezger[2], Maurach[3] und Binding[4] betrachten die Begünstigung als schlichtes Tätigkeitsdelikt.

Der Wortlaut von § 257 scheint ihnen recht zu geben. Die Worte "Beistand leisten" scheinen eine Tätigkeit näher zu beschreiben.

Der Wortlaut allein kann jedoch nicht entscheidend sein. Vielmehr muß aus dem Sinn der Vorschrift geschlossen werden, ob der Vorsatz auf das Beistandleisten oder auf den beabsichtigten Erfolg zu beziehen ist.

1. Begünstigung wäre jedenfalls dann Erfolgsdelikt, wenn zur tatbestandlichen Vollendung die Strafvereitelung bzw. die Vorteilssicherung tatsächlich eingetreten sein müßte. Der Wortlaut ergibt jedoch eindeutig - das ist unbestritten[5] - daß der Begünstigungserfolg nur beabsichtigt sein muß.

2. Wenn man mit der h.L. nur taugliche Beistandsleistungen als tatbestandsmäßig betrachtet, ist zu überlegen, ob die Tauglichkeit ein von der Handlung abgrenzbarer Erfolg ist.

---

1) RGSt 20/233; RGSt 9/244; RG in DR 39/1067

2) AT S.101

3) BT S.638

4) Lehrbuch Bd.II, Abt.2, S.656

5) RGSt 63/241; RGSt 50/366; BGHSt 4/224; Bockelmann in NJW 51/622; Welzel, LB S.334/442

Die Forderung nach Tauglichkeit der Begünstigungshandlung wird in verschiedenen Abwandlungen, die aber nicht immer klar auseinandergehalten werden[1], erhoben.

a) Teilweise wird eine tatsächliche Verbesserung[2] der Lage des Vortäters verlangt, ohne daß allerdings die Strafvereitelung bzw. die Vorteilssicherung erreicht sein muß[3]. "Nicht jeder Versuch zu helfen ist Hilfe... Vielmehr erfordert der Begriff der Beistandsleistung, daß durch sie der Begünstigte gegenüber der Behörde in eine günstigere Lage versetzt wird"[4].

Zwischen der erfolglosen und der erfolgreichen Begünstigung soll es noch einen dritten Bereich geben, in dem die

---

1) Vgl. RGSt 58/15; RGSt 63/240; RGSt 76/123 und BGHSt 2/376. Nach BGH 2/376 gehört zur vollendeten Begünstigung, "daß sich die Lage des Vortäters gegenüber der Strafverfolgung durch hierzu bestimmte und geeignete Handlungen äußerlich gebessert hat und daß das Verhalten des Täters geeignet ist, einen solchen Erfolg herbeizuführen".

2) RGSt 55/179; RGSt 63/240; RGSt 76/31; BGHSt 2/376. Jagusch in LK II, S.409; v.Liszt, LB S.845; Heimberger in JW 29/2731; Frank, ZStW 12/319; Gerland, LB S.380; Rethwisch, Begünstigung, S.58; Binding, LB Bd.II Abt.2 S.655

3) Schröder (in NJW 62/1038) und Bockelmann (in NJW 51/623) sind der Ansicht, die Rechtsprechung sei mit der in einigen Entscheidungen aufgestellten Forderung nach tatsächlicher Verbesserung der Lage des Vortäters von den übrigen Entscheidungen, in denen nur Eignung der Begünstigungshandlung gefordert wurde, abgewichen. Schröder und Bockelmann gehen deshalb bei ihren Darstellungen davon aus, daß in der Rechtsprechung zwei verschiedene Meinungen zum Ausdruck kommen. In Wirklichkeit wollten das RG und der BGH, wenn sie eine tatsächliche Verbesserung der Lage des Vortäters forderten, lediglich das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal Eignung näher beschreiben. Das kommt besonders deutlich in RGSt 63/241 und in BGHSt 2/376 zum Ausdruck.

   Schröder weist in NJW 62/1039 zu Recht darauf hin, daß die Rechtsprechung in den Entscheidungen, die eine Verbesserung der Lage des Vortäters verlangen, sich eines Gegensatzes zu den übrigen Entscheidungen nicht bewußt war. Deshalb ist es m.E. gerechtfertigt, die Meinung, die eine tatsächliche Verbesserung fordert, als Unterfall der Meinung, die Eignung verlangt, darzustellen.

4) Frank in ZStW 12/319

Lage des Vortäters durch eine geeignete Handlung schon verbessert ist, ohne daß jedoch schon eine (teilweise) Strafvereitelung oder Vorteilssicherung eingetreten wäre. In dieser "günstigeren Lage gegenüber der Behörde" liegt ein von der Begünstigungshandlung abgrenzbarer Erfolg. Kausal für diesen Erfolg und damit tatbestandsmäßig i.S. der kausalen Handlungslehre und des extensiven Täterbegriffs wäre zwar jeder Tatbeitrag, gleichgültig, ob er dem Vortäter mittelbar oder unmittelbar zugute kommen soll. Täter ist jedoch nur, wer in Bezug auf die Besserstellung Tätervorsatz hat, wer diesen Erfolg als eigenen will. Das wird grundsätzlich nur bei dem unmittelbar Handelnden der Fall sein; wer nur eine Begünstigung veranlaßt, will, von den Fällen, die die überkommene Lehre unter dem Begriff der mittelbaren Täterschaft zusammenfaßt, abgesehen, diesen Erfolg als fremden. Der mittelbar Handelnde weiß, daß durch seinen Tatbeitrag allein noch keine Besserstellung eintritt[1]. Die Besserstellung tritt erst als Folge der unmittelbaren Unterstützungshandlung ein. Eine Differenzierung der Beteiligungsformen ist von dieser Auffassung aus möglich[2].

b) Nach der überwiegenden Meinung[3] ist eine effektive Verbesserung der Stellung des Vortäters nicht erforderlich. Vielmehr soll es genügen, wenn die Begünstigung objektiv geeignet ist, den Begünstigungseffekt zu bewirken,

---

1) Frank aaO und v.Liszt, S.845 Anm.4, gehen ausdrücklich davon aus, daß die Beeinflussung eines Zeugen noch keine Besserstellung enthalte.

2) Frank aaO hat diesen Gesichtspunkt nicht beachtet. Er leitet aus dem Erfordernis der Besserstellung des Vortäters nur die Straflosigkeit erfolgloser Beeinflussungsversuche ab.

   Auch nach Binding, LB Bd.II Abt.2 S.656, wird aus der grundsätzlich möglichen Teilnahme zur Begünstigung Täterschaft, wenn die Handlung zur Erschwerung der Verbrechensverfolgung geführt hat.

3) Maurach, BT S.638; Kohlrausch-Lange S.561; Mezger, BT S.261; Gretener, Begünstigung und Hehlerei, S.140; Schönke-Schröder, 10.Aufl., § 257 III 1.
   RGSt 20/233, 36/77, 76/123; BGHSt 4/225.

"denn eine Gefährdung der Rechtspflege ist nur gegeben, wenn jedenfalls generell die Möglichkeit besteht, das Handeln ihrer Organe zu beeinträchtigen"[1].

Strittig ist dabei, welche Handlungen geeignet sind. Nach Ansicht der Rechtsprechung[2] können sowohl mittelbare als auch unmittelbare Handlungen geeignet sein.

Schröder[3] forderte dagegen "entsprechend der Grenzziehung zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlungen" Eignung zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege. Unmittelbar gefährdet wird die Rechtspflege nur durch unmittelbare Unterstützungshandlungen. Eine nur mittelbare Gefährdung, wie sie beispielsweise bei der Beeinflussung von Zeugen entsteht, soll nicht ausreichen.

Schröder und die h.L. sind sich darüber einig, daß nur Handlungen, die die Rechtspflege wirklich gefährden, strafbar sind. Strittig ist lediglich, wie intensiv die Gefährdung sein muß.

In der Gefährdung der Rechtspflege, gleichgültig, ob mittelbar oder unmittelbar, liegt ein von der Handlung abgrenzbarer Erfolg. Die Gefährdung eines Rechtsgutes gehört nicht zur Beschreibung einer Tätigkeit, sie ist Folge einer Handlung, mit dieser durch eine Kausalreihe verbunden. Die Gefährdung kann je nach Sachlage eintreten oder ausbleiben. In der Gefährdung liegt der Erfolgsunwert der Handlung. Bei ungeeigneten, ungefährlichen Begünstigungshandlungen fehlt dieser "Erfolgsunwert".

Wenn der Erfolgsunwert fehlt, entfällt für diejenigen, für die der Erfolgsunwert, die Verletzung oder Gefährdung

---

1) Schönke-Schröder, 10.Aufl., § 257 III 1

2) RGSt 9/244; 20/233; RG in DR 39/1067

3) Schönke-Schröder, 10.Aufl., § 257 III 1.
a.A. jetzt Schröder in NJW 62/1037. Wenn Schröder hier auf die Eignung verzichtet, kann er auch nicht mehr Eignung zur unmittelbaren Gefährdung verlangen, vgl. oben S.8ff.

von Rechtsgütern, das Unrecht ausmacht[1], auch die Rechtswidrigkeit. Von dieser Ansicht aus war es folgerichtig, bei allen Delikten nur gefährliche Versuchshandlungen[2] und bei Begünstigung nur geeignete Beistandsleistungen zu bestrafen. Denn nur in diesen Fällen ist ein Erfolgsunwert gegeben.

In der Gefährdung des geschützten Rechtsguts war also immer ein Erfolg gesehen worden[3]. Zur Strafbarkeit sollte die Betätigung der Absicht nicht genügen, es mußte vielmehr noch ein weiterer Erfolg, die Gefährdung, eintreten. Die Handlungen, die diesen Erfolg herbeiführen, sind "tauglich" oder "geeignet". Wenn aber nur geeignete Handlungen tatbestandsmäßig sind und die Eignung aus der Gefährdung der Rechtspflege gefolgert wird, dann sind nur die Handlungen tatbestandsmäßig, die die Rechtspflege gefährden, die erfolgreich sind. Die Tatbestandsmäßigkeit einer Beistandsleistung würde aus der Ursächlichkeit für den Eintritt der Gefährdung der Rechtspflege folgen, Begünstigung wäre Erfolgsdelikt.

Der zur tatbestandlichen Vollendung erforderliche Zwischenerfolg Eignung (oder richtiger: Gefährdung der Rechtspflege) wäre Tatbestandsmerkmal. Nach § 59 muß sich dann der Vorsatz auch auf die Eignung beziehen[4], ähnlich wie bei Betrug zum Vorsatz das Bewußtsein der Vermögensschädigung gehört. Ebenso wie beim Betrug derjenige Täter ist, der die Vermögensschädigung als eigene will, wäre bei Begünstigung Täter, wer die Gefährdung der Rechtspfle-

---

1) Eb.Schmidt, LB, S.6; Mezger, LB, 2.Aufl., S.197; v.Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd.I S.504: Unrecht ist die Verletzung oder Gefährdung geschützter Interessen, die im Erfolg zum Ausdruck kommt.

2) Eb.Schmidt, LB, S.301; Mezger, LB, 2.Aufl., S.396: § 43 bedeutet eine Ausdehnung der Strafe von der Verletzung des Rechtsguts auf dessen "Gefährdung".

3) Vgl. auch Zimmerl, Lehre vom Tatbestand, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 237, S.38/40, der ebenfalls davon ausgeht, daß bei Begünstigung ein "Zwischenerfolg ausdrücklich hervorgehoben" ist.

4) Vgl. Hartung, JZ 54/694

ge als eigene will. Die Begünstigungsabsicht wäre dagegen lediglich subjektives Unrechtselement[1] und für die Differenzierung der Beteiligungsformen nicht bedeutsam.

Hiergegen kann nicht eingewandt werden, der Vorsatz, die Verletzung auf geeignete Weise herbeizuführen, sei im Verletzungsvorsatz, in der Begünstigungsabsicht, mit enthalten. In der Begünstigungsabsicht liegt nicht notwendig der Vorsatz, die Verletzung auf eine bestimmte, genau beschriebene Weise herbeizuführen. Wenn die tatbestandsmäßige Handlung bei § 257 näher beschrieben ist und der zur Vollendung erforderliche Zwischenerfolg austypisiert[2] ist, dann muß es neben der Begünstigungsabsicht auch einen auf diesen Zwischenerfolg gerichteten Vorsatz geben, ebenso wie bei Betrug neben der Bereicherungsabsicht noch der Vorsatz erforderlich ist, die Bereicherung durch eine durch Täuschung verursachte Vermögensschädigung herbeizuführen.

Wenn man bei Begünstigung lediglich den Entschluß zur Herbeiführung des Enderfolges verlangen würde, würde zugegeben, daß jede auf diesen Enderfolg gerichtete Handlung tatbestandsmäßig ist, daß der in der Gefährdung der Rechtspflege liegende Zwischenerfolg zur tatbestandlichen Vollendung also nicht erforderlich ist. Verlangt man dagegen zur tatbestandlichen Vollendung die Gefährdung der Rechtspflege, dann muß sich auch der Vorsatz hierauf beziehen, die Begünstigungsabsicht genügt dann nicht.

Bei diesem Tatbestandsaufbau wäre Objekt des Vorsatzes die Gefährdung der Rechtspflege, Tätervorsatz hätte, wer diesen Erfolg als eigenen will, wer die Herbeiführung dieses Erfolges nicht einem anderen anheimstellt.

Bevor entschieden werden kann, wer die Gefährdung der Rechtspflege als eigene will und wer sie als fremde will, muß der Erfolg noch genauer beschrieben werden.

---

1) So Sieverts, Subjektive Unrechtselemente, S.143
2) Wolf, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, S.22

aa) Die Rechtsprechung hatte mittelbare und unmittelbare Unterstützungshandlungen als geeignet bezeichnet, nach Ansicht des RG[1)] liegt bei § 257 in jeder Gefährdung der Rechtspflege der tatbestandliche Erfolg.

Schröder forderte dagegen unmittelbare Gefährdung; bei nur mittelbarer Gefährdung der Rechtspflege fehlt nach der von Schröder früher entwickelten Lösung der tatbestandsmäßige Erfolg.

Wenn man mit dem RG jede Gefährdung der Rechtspflege als ausreichenden Erfolg betrachtet, dann ist Täter, wer irgendeine Gefährdung der Rechtspflege als eigene will. Das ist bei jedem, der einen geeigneten Tatbeitrag setzt, der Fall. Denn jeder Unterstützende will die Gefährdung, die sein Tatbeitrag bewirkt, als eigene. Der mittelbar Handelnde will zwar den endgültigen Begünstigungserfolg als fremden, die Gefährdung der Rechtspflege, die seine Handlung bewirkt, kann er jedoch nicht als fremde wollen. Das wird besonders deutlich beim erfolglosen Beeinflussungsversuch. Hier hat nur der mittelbar Unterstützende gehandelt. Er hat allein die Gefährdung der Rechtspflege bewirkt, außer ihm war ja niemand beteiligt. Er hat allein den in der Gefährdung der Rechtspflege liegenden Erfolg herbeigeführt. Einen Erfolg, den man allein herbeiführt, kann man aber nicht als Werk eines anderen wollen.

Wenn jede Gefährdung ausreicht, ist also jeder, der einen geeigneten Tatbeitrag setzt, Täter. Nach der subjektiven Teilnahmetheorie wäre eine Differenzierung der Beteiligungsformen dann nicht möglich. Mittelbare und unmittelbare Förderungshandlungen würden, soweit sie geeignet sind, Täterschaft begründen.

bb) Anders ist das Ergebnis, wenn man mit der von Schröder früher entwickelten Lösung nur die Handlungen als geeignet (und damit als tatbestandsmäßig) betrachtet, die die Rechtspflege unmittelbar gefährden. Erfolg ist

---

1) s. oben S.25

dann die unmittelbare Gefährdung. Diesen Erfolg will grundsätzlich nur der unmittelbar Handelnde als eigenen. Der mittelbar Unterstützende will im Normalfall diesen Erfolg nicht als eigenen, er stellt die Herbeiführung dem Vordermann anheim, er hat nur den Gehilfenvorsatz. Schröders Lösung ermöglicht also eine Differenzierung.

V. Kritik

Nach allen Meinungen, die Tauglichkeit der Begünstigungshandlung fordern, gehört also zum Tatbestand ein Erfolg. Eine Differenzierung der Beteiligungsformen ist dabei aber nur nach den Ansichten möglich, die Eignung dann annehmen, wenn die Lage des Vortäters tatsächlich verbessert ist oder wenn die Rechtspflege unmittelbar gefährdet ist. Nach der Meinung, die jede Gefährdung der Rechtspflege ausreichen läßt, ist eine Abgrenzung nicht möglich.

Eine Differenzierung schon deshalb, weil in der Gefährdung der Rechtspflege ein Erfolg liegt, ist also nur möglich, wenn eine der beiden anderen Auffassungen richtig ist.

1. Wenn man aus dem Tatbestandsmerkmal Beistandleisten schließt, daß tatbestandsmäßig nur die Handlungen sind, durch die die Lage des Vortäters irgendwie verbessert oder erleichtert wird, steht man vor der Frage, wie die Forderung nach tatsächlicher Besserstellung mit der Erkenntnis, daß zur tatbestandlichen Vollendung der Eintritt der Strafvereitelung- oder Erleichterung bzw. der Vorteilssicherung nicht erforderlich ist[1)], in Einklang gebracht werden kann. Es müßte Fälle geben, bei denen einerseits die Hilfeleistung nicht vergeblich war, andererseits aber der Begünstigungserfolg noch nicht eingetreten ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß eine Strafvereitelung beispielsweise schon dann vorliegt, wenn der Strafanspruch für eine geraume Zeit unverwirklicht bleibt, auch

---

1) Zitate s. oben S.22, Anm.5

wenn er nicht dauernd oder endgültig vereitelt wird[1], oder wenn eine mildere, dem Gesetz nicht entsprechende Bestrafung erreicht wird[2]. Bockelmann geht zu Recht davon aus, daß der Erfolg, die Strafvereitelung, immer dann vorliegt, "wenn das Tun des Helfers wirklich einen Eingriff in die Rechtspflege darstellt"[3], wenn die Bestrafung des Vortäters abgewendet, gemildert oder aufgehalten wird.

Immer, wenn die Lage des Vortäters effektiv verbessert ist, ist der Begünstigungserfolg (wenigstens teilweise) eingetreten. Zwischen erfolgreichen und erfolglosen Beistandsleistungen gibt es keinen dritten Bereich[4].

Die Forderung nach effektiver Verbesserung bedeutet also an sich, daß nur erfolgreiche Beistandsleistungen tatbestandsmäßig sind. Da der Gesetzeswortlaut eindeutig ergibt, daß der Begünstigungserfolg nur angestrebt zu sein braucht, kann dieser Meinung nicht gefolgt werden.

In den Entscheidungen, in denen tatsächliche Verbesserung verlangt wird, wurde allerdings nie eine erfolgreiche Begünstigungshandlung verlangt. Es wurde immer nur verlangt, daß durch die Beistandsleistung die Aussichten des Vortäters auf die Strafvereitelung gestiegen sind, daß nach einer objektiven Bewertung durch die Beistandsleistung die Möglichkeit der Strafvereitelung näher rückte. Vereinfachend wurde dafür dann gesagt, die Lage des Vortäters müsse sich verbessert haben. Das kommt besonders deutlich in RGSt 76/34 zum Ausdruck. Das RG ging in dieser Entschei-

---

1) Schönke-Schröder, § 346 Nr.4; Werner in LK, § 346 Nr.3; Olshausen, § 257 Anm.18 Abs.2; RGSt 70/234; RGSt 16/205; a.A. Binding, LB Bd.II Abt.2, S.655 Anm.4

2) Arg. aus Schönke-Schröder, 10.Aufl., § 257 IV 1: Genügend ist die Absicht, dem Täter eine mildere Strafe zu verschaffen.

3) NJW 51/623

4) Bockelmann, aaO. Eine andere Frage ist, ob innerhalb der erfolglosen Beistandsleistungen zwischen tauglichen und untauglichen Förderungsmaßnahmen unterschieden werden kann.

dung davon aus, daß dadurch, daß die Angeklagte die Ausgrabung der an unsicherer Stelle versteckten Beute eingeleitet hatte, die Lage des Vortäters schon gebessert sei, obwohl die Vorteilssicherung fehlgeschlagen ist. Das RG anerkennt, daß die Beute nicht gesichert wurde, daß die Handlung also fehlgeschlagen ist.

In Wirklichkeit stiegen durch die Handlung der Angeklagten nur die Aussichten des Vortäters auf Sicherung seiner Beute, die Lage wurde jedoch effektiv nicht gebessert, die Handlung blieb erfolglos.

Verbesserung der Lage wurde verlangt, um bei erfolglosen Beistandsleistungen zwischen strafwürdigen und strafunwürdigen Handlungen unterscheiden zu können; es sollte lediglich festgestellt werden, welche erfolglosen Handlungen geeignet sind[1], das Eignungserfordernis sollte inhaltlich ausgefüllt werden. Hierzu ist der Begriff wegen seiner Mißverständlichkeit jedoch nicht geeignet.

Tatsächliche Besserung der Lage in dem Sinn, daß zur tatbestandlichen Vollendung ein wenigstens teilweiser Eintritt des Begünstigungserfolges nötig wäre, kann jedenfalls nicht verlangt werden[2]. Eine Differenzierung der Beteiligungsformen bei der Begünstigung ist also nicht schon deshalb möglich, weil zur tatbestandlichen Vollendung eine Verbesserung der Lage des Vortäters gehörte.

2. Nach der von Schröder entwickelten Ansicht liegt eine strafbare Beistandsleistung nur dann vor, wenn die Unterstützungshandlung zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege geeignet ist. Schröder ging dabei davon aus, daß zur tatbestandlichen Vollendung der Eintritt des Begünstigungserfolges nicht nötig sei, er betrachtete Begünstigung als eine "Art Unternehmensdelikt"[3]. Tatbestandsmäßige Handlung sei das Beistandleisten. Ein Bei-

---

1) Bockelmann, aaO.
2) vgl. unten S.36ff
3) Schönke-Schröder, 10.Aufl., § 257 III 1

standleisten liege jedoch nur in solchen Handlungen, die zur unmittelbaren Gefährdung der Rechtspflege geeignet sind.

Oben[1] wurde nachgewiesen, daß das Erfordernis der unmittelbaren Gefährdung entgegen der Ansicht Schröders nicht "entsprechend der Grenzziehung zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlungen" hergeleitet werden kann, daß dieses Erfordernis vielmehr nur durch Auslegung des Tatbestandsmerkmals Eignung gewonnen werden kann.

Dann kann am Erfordernis der Unmittelbarkeit nicht festgehalten werden, wenn Eignung der Begünstigungshandlung zu Unrecht verlangt wird; denn unmittelbare Eignung kann jedenfalls nur dann verlangt werden, wenn Eignung zu Recht gefordert wird.

Die bisher h.L. betrachtet nur die Beistandsleistungen als tatbestandsmäßig, die generell geeignet sind, den Begünstigungserfolg zu bewirken.

Gegen diese Ansicht haben sich vor allem Kantorowicz[2], Bockelmann[3], Welzel[4] und Kaufmann[5] gewandt. Sie wenden ein, mit der Unterscheidung von geeigneten und ungeeigneten Unterstützungshandlungen werde lediglich die Differenzierung von tauglichem und untauglichen Versuch wiederaufgenommen; diese Differenzierung sei jedoch undurchführbar, jedenfalls vom Standpunkt der subjektiven Versuchstheorie aus. Von der subjektiven Versuchstheorie aus seien auch ungeeignete Unterstützungshandlungen strafbar.

Kantorowicz, Bockelmann, Welzel und Kaufmann unterstellten bei ihrer Kritik, daß Begünstigung echtes Unternehmensdelikt sei. Wenn diese Annahme richtig ist, dann ist auch die Schlußfolgerung richtig: dann kann zwischen geeigneten

---

1) S.13
2) Tat und Schuld, S.188
3) NJW 51/622
4) Lehrbuch, S.334/442
5) Unterlassungsdelikte, S.23

und ungeeigneten Beistandsleistungen nicht unterschieden werden.

Die überkommene Lehre faßte Begünstigung jedoch nicht als Unternehmensdelikt, sondern als kupiertes Erfolgsdelikt auf[1], als ein Delikt, bei dem die "vorgenommene Handlung nichts Unbestimmtes, A-typisches, sondern einen festumrissenen Tatbestandstypus"[2] darstellt. Von dieser dogmatischen Grundlage aus wurde dann die Ansicht vertreten, nur Beistandsleistungen, bei denen ein Zwischenerfolg erreicht sei, die geeignet seien oder bei denen eine gewisse Besser-

---

1) Sieverts, Subjektive Unrechtselemente, S.141 Anm.12; Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 237 S.40; Wolf, Typen der Tatbestandsmäßigkeit, S.22; Binding, LB Bd.I S.12. Binding begründet die Forderung nach Eignung allerdings auch damit, daß das Wahndelikt dem StGB fremd sei (LB Bd.II Abt.2 S.655). Er leitet die Eignung also auch aus der objektiven Versuchstheorie ab. Aus der objektiven Versuchstheorie kann dagegen nicht die Forderung nach Besserstellung, nach tatsächlicher Erschwerung der Strafverfolgung, die Binding ebenfalls erhoben hat (aaO S.650, 656), abgeleitet werden. Diese Forderung kann nur erhoben werden, wenn Begünstigung nicht Versuchsdelikt ist, wenn die objektive Versuchstheorie nicht anwendbar ist; dieser Zwischenerfolg kann nur verlangt werden, wenn Begünstigung kupiertes Erfolgsdelikt ist, wie Binding ja zunächst ausdrücklich behauptet hat (LB Bd.I S.12). Später, in den 1916 erschienenen Normen (Bd.II S.1085), scheint Binding seine Auffassung über den dogmatischen Aufbau der Begünstigung allerdings geändert zu haben. Er schreibt jetzt, "die Worte Beistand leisten haben gar keine Bedeutung", das Gesetzbuch sieht "in der Strafvereitelung einen dem Schuldigen geleisteten Beistand". Zum Vorsatz gehöre nur, daß der Begünstiger "einen Strafanspruch des Staates gegen einen Schuldigen ganz oder teilweise.... vereiteln" wollte (S.1087). Binding scheint hier die Begünstigung als Unternehmensdelikt zu betrachten. Ob dann, wenn Begünstigung Unternehmensdelikt ist, Eignung verlangt werden kann, wird unten S. geprüft.

2) Wolf, aaO S.22; ähnlich Sieverts, aaO S.143 und Zimmerl, aaO S.37ff.

stellung des Vortäters eingetreten sei, seien tatbestandsmäßig[1)2)].

Hiergegen kann nicht eingewandt werden, die Unterscheidung von geeigneten und ungeiegneten Versuchshandlungen sei von der subjektiven Versuchstheorie aus undurchführbar. Dieser Einwand kommt nur dann in Betracht, wenn Begünstigung Unternehmensdelikt ist, nicht jedoch kupiertes Erfolgsdelikt. Schlußfolgerungen aus der Versuchsnatur können erst dann gezogen werden, wenn der Unternehmenscharak-

---

1) Die Bemühungen von Rechtsprechung und Lehre, durch Auslegung der Worte Beistand leisten zu einer schärferen Erfassung der tatbestandsmäßigen Handlung bei § 257 zu gelangen, sind nur von diesem Ausgangspunkt aus verständlich. Nur wenn man davon ausgeht, daß auch der "objektiv verlangte Zwischenerfolg austypisiert ist", entsteht die Aufgabe, den Zwischenerfolg näher zu beschreiben.

   Verwirrend ist allerdings, daß Begünstigung dabei immer als Versuchs- oder Unternehmensdelikt bezeichnet wurde (vgl. RGSt 50/366, Jagusch in LK, S.409). Damit sollte jedoch nur zum Ausdruck gebracht werden, daß der erstrebte Erfolg nicht einzutreten braucht. Bei Jagusch wird besonders deutlich, daß er Begünstigung als kupiertes Erfolgsdelikt und nicht als Unternehmensdelikt auffaßt, obwohl er schreibt, Begünstigung sei ein typisches Versuchsdelikt. Nach seiner Ansicht besteht die tatbestandsmäßige Handlung "nur im Beistandleisten, so daß die formelle Vollendung mit diesem eintritt; eine nur die Richtung der Strafvereitelung einschlagende Handlung genügt jedoch nicht, da dann eine nur versuchte Beistandsleistung schon vollendete Begünstigung wäre".

   Die terminologischen Schwierigkeiten stammen von Binding, Lehrbuch Bd.I, S.12, der die kupierten Erfolgsdelikte und die Unternehmensdelikte als Unterfälle des Versuchs darstellt.

2) Wenn man Begünstigung als kupiertes Erfolgsdelikt auffaßt, wird auch die von Kaufmann (Unterlassungsdelikte, S.236 Anm.330) kritisierte Entscheidung BGHSt 4/221 verständlich. Nach dieser Entscheidung "kennzeichnet sich die Begünstigungshandlung als eine zur selbständigen Straftat erhobene Versuchshandlung, wobei die Vollendung schon in der Handlung selbst liegt". Eine strafbare Begünstigung kann jedoch nur dann vorliegen, wenn die Beistandsleistung auch geeignet war. "Die versuchte Begünstigung hat der Gesetzgeber nicht mit Strafe bedroht".

ter nachgewiesen ist. Dieser Nachweis wurde jedoch bisher nicht erbracht.

a) Bei den kupierten Erfolgsdelikten[1] "bildet die kausale Handlung, die einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen soll, als solche den Tatbestand des vollendeten Delikts - einerlei, ob der Erfolg eingetreten ist oder ausbleibt"[2]. Nach Zimmerl[3] ist der "Zwischenerfolg ausdrücklich hervorgehoben und an seinen Eintritt bereits die Vollendungsstrafe geknüpft", nach Wolf[4] ist "der objektiv verlangte Zwischenerfolg vom Gesetzgeber austypisiert", neben dem erstrebten Enderfolg soll auch die Handlung, die den Enderfolg herbeiführen soll, im Tatbestand genau beschrieben sein[5].

Wichtigstes kupiertes Erfolgsdelikt ist § 263. Im Tatbestand wird als erstrebter Enderfolg die Verschaffung eines Vermögensvorteils genannt. Daneben enthält der Tatbestand eine genaue Beschreibung der Handlung, die den Vermögensvorteil bewirken soll. Das Delikt ist vollendet, wenn diese Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Eintritt des erstrebten Enderfolges.

Begünstigung soll entsprechend konstruiert sein. Neben dem erstrebten Enderfolg, der Strafvereitelung, soll mit den Worten "Beistand leisten" auch der zur tatbestandlichen Vollendung erforderliche Zwischenerfolg austypisiert sein, der Tatbestand soll eine genau beschriebene, auf einen Erfolg gerichtete Tätigkeit enthalten[6].

---

1) Sieverts, aaO, S.143, bezeichnet sie treffend als "Erfolgsabsichtsdelikte".

2) Binding, aaO, S.11

3) Zur Lehre vom Tatbestand, S.38

4) Typen der Tatbestandsmäßigkeit, S.22

5) Sieverts, aaO, S.143

6) Täter ist dann, wer die "betreffende Absicht" hat "und sich an der Ausführung des objektiv Geforderten, bei § 257 an der Hilfeleistung, selbst beteiligt" (Hegler, Frank-Festgabe I, S.322; ebenso Zimmerl, aaO, S.122).

Kennzeichen des Unternehmensdelikts ist es dagegen, daß "der Zwischenerfolg bewußt unbestimmt gelassen"[1] ist. Ein Unternehmensdelikt liegt vor, wenn jemand "etwas Unbestimmtes, A-typisches tut, um etwas Bestimmtes, Typisches, herbeizuführen"[2]. Jede versuchte Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges ist strafbar, die tatbestandsmäßige Handlung wird nur durch ihr Ziel, den erstrebten Erfolg, charakterisiert[3].

Wenn mit den Worten "Beistand leisten" die tatbestandsmäßige Handlung näher beschrieben wird, wenn nicht nur an die Herbeiführung des Begünstigungserfolges angeknüpft wird, ist Begünstigung kupiertes Erfolgsdelikt.

aa) Nach Ansicht der h.L. liegt ein Beistandsleisten in jeder Handlung, die in Begünstigungstendenz ausgeführt wird und geeignet ist, diesen Erfolg herbeizuführen. Die tatbestandsmäßige Handlung wird also zunächst wie bei den Unternehmensdelikten nur durch den Erfolg charakterisiert; dann erfolgt jedoch eine Einschränkung: nur die geeigneten Handlungen sollen tatbestandsmäßig sein. Wenn dieses Erfordernis zu Recht aufgestellt wurde, wäre die tatbestandsmäßige Handlung nicht nur durch den erstrebten Enderfolg beschrieben, der Tatbestand würde auch eine Beschreibung des Zwischenerfolges enthalten, Begünstigung wäre kupiertes Erfolgsdelikt.

Die dogmatische Einordnung der Begünstigung hängt also davon ab, ob Eignung (oder eine andere vergleichbare Einschränkung) im Tatbestand verlangt wird oder nicht. Nicht gesagt werden kann dagegen, Begünstigung sei Unternehmensdelikt und aus dem Unternehmenscharakter ergebe sich, daß Eignung nicht verlangt werden kann. Es müßte vielmehr heißen: Wenn sich aus dem Begriff des Beistandsleistens ergibt, daß Eignung nicht verlangt werden kann, ist

---

1) Sieverts, aaO, S.143
2) Sieverts, aaO, S.143
3) vgl. oben S.21

Begünstigung Unternehmensdelikt[1]).

Wenn dagegen nur geeignete Handlungen tatbestandsmäßig sind, ist Begünstigung kupiertes Erfolgsdelikt. Strafbar ist dann, wer den beschriebenen Zwischenerfolg herbeiführt, ohne Rücksicht auf Eintritt oder Ausbleiben des erstrebten Enderfolges.

bb) 1. Dann ist, auch wenn der Enderfolg eintritt, lediglich die Herbeiführung auf die im Tatbestand beschriebene Weise strafbar[2]). Auch wenn der Begünstigungserfolg eingetreten ist, würde eine tatbestandsmäßige Handlung nur dann vorliegen, wenn die Unterstützungshandlung generell geeignet war.

Diese Folgerung wurde jedoch weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre gezogen. Eignung wurde immer nur im Versuchsbereich verlangt[3]). Bei erfolgreichen Unterstützungshandlungen wurde Begünstigung plötzlich als gewöhnliches, nicht mehr als kupiertes Erfolgsdelikt betrachtet. Auch die h.L. hält an ihrer Behauptung, der Tatbestand enthalte einen austypisierten Zwischenerfolg, nicht immer fest.

2. Gegen die Annahme, nur geeignete Handlungen seien tatbestandsmäßig, spricht auch ein methodisches Argument. Es gehört gerade zum Wesen der kupierten Erfolgsdelikte, daß der Gesetzgeber im Tatbestand die Handlungen beschrieben hat, die er für besonders geeignet oder für besonders verwerflich hält. Aus den unzähligen Möglichkeiten der Herbeiführung des Enderfolges greift er einige

---

1) Ob dann, wenn Begünstigung Unternehmensdelikt ist, dem Versuchsbegriff (nicht durch Auslegung des Tatbestandes) entnommen werden kann, daß im Versuchsbereich nur geeignete Unterstützungshandlungen strafbar sind, wird unten S. geprüft.

2) Bei Betrug ist, auch wenn die Bereicherung eintritt, lediglich die durch Täuschung verursachte Bereicherung strafbar.

3) Deshalb wurde bisher auch immer gegen die Eignung eingewandt, sie verstoße gegen die subjektive Versuchstheorie.

heraus und beschreibt sie näher[1]. Der Gesetzgeber statuiert, welche Handlungen geeignet sind. Bei der Auslegung kann dann nicht der Richter nochmals prüfen, ob eine Handlung, die tatbestandsmäßig ist, weil der Gesetzgeber sie für geeignet hielt, im Einzelfall auch wirklich zur Bewirkung des Enderfolges tauglich ist.

3. Auch die Auslegung der Worte "Beistand leisten" ergibt nicht, daß durch die Formulierung von § 257 eine Einschränkung gegenüber der bloßen Kausalität erreicht werden sollte. Der Begünstigungserfolg kann nicht anders als durch Beistandleisten herbeigeführt werden, in jeder vorsätzlichen Handlung, die den Begünstigungserfolg herbeiführen soll, liegt ein Beistandleisten; der Begriff Beistandleisten ist völlig nichtssagend[2], er gewinnt Bedeutung erst durch die Beziehung zum geplanten Erfolg[3]. Außer der Richtung auf den Erfolg sind keine objektiven Anforderungen aufgestellt; Beistand leisten bedeutet in Wirklichkeit dasselbe wie versuchte Herbeiführung des Erfolges[4].

4. Gegen die Annahme, nur geeignete Handlungen seien tatbestandsmäßig, spricht auch der von Schröder vor-

---

1) Bei § 131 beispielsweise ist lediglich die Verächtlichmachung öffentlicher Einrichtungen durch Verbreitung erdichteter oder entstellter Tatsachen strafbar.

2) Schröder bezeichnet ihn als farblos (NJW 62/1037)

3) Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S.231, bezeichnet das Beistandleisten als "finales Tätigkeitswort i.S. v. Webers", durch das "ein Handeln gekennzeichnet" ist, "das auf einen Erfolg gerichtet ist".

Nach v.Weber, Aufbau, S.9, ist bei den finalen Tätigkeitsworten "die vom Handelnden gegebene Richtung auf den Erfolg das Entscheidende", so wie es bei den kausalen Tätigkeitsworten auf die Ursächlichkeit für den Erfolg ankommt. Bei den finalen Tätigkeitsworten ist es gleichgültig, "ob das Eintreten des Erfolges nach den äußeren Umständen... überhaupt wahrscheinlich oder möglich ist".

4) Binding, Normen II, S.1085: "Die Worte 'Beistand leisten' haben gar keine Bedeutung...".

S.1085, Anm.11: Das Gesetz sieht "in der Strafvereitelung einen dem Schuldigen geleisteten Beistand".

geschlagene Vergleich mit den §§ 257a und 346. Bei diesen beiden Vorschriften ist jede erfolgreiche und versuchte Herbeiführung des Begünstigungserfolges strafbar. Nur der Erfolg ist im Tatbestand beschrieben, die tatbestandsmäßige Handlung wird nur durch den Erfolg spezifiziert. Nach Schröder gibt es keinen vernünftigen Grund, § 257 anders auszulegen[1].

Zum selben Ergebnis führt ein Vergleich mit den §§ 289, 447 I und IV des Entwurfs 1962. In § 447 knüpf die Strafdrohung an die Herbeiführung der Strafvereitelung an, in § 289 wird dagegen wieder an das Hilfeleisten angeknüpft. Der Gesetzgeber wollte damit jedoch bestimmt keinen Unterschied im Umfang des Strafbaren schaffen.

Wenn man annimmt, daß aus den Worten "Beistand leisten" das Eignungserfordernis nicht abgeleitet werden kann, daß in § 257 die tatbestandsmäßige Handlung nicht näher beschrieben wird, daß der Zwischenerfolg nicht austypisiert ist, dann ist Begünstigung nicht kupiertes Erfolgsdelikt, sondern Unternehmensdelikt.

b) Die im Gesetz aufgestellten Anforderungen an den subjektiven Tatbestand ergeben nicht das Gegenteil.

Zwar müßte der Beistand, wenn Begünstigung kupiertes Erfolgsdelikt wäre, in der Absicht der Strafvereitelung bzw. der Vorteilssicherung geleistet werden. Diese Absicht wäre subjektives Unrechtselement[2].

Es ist auch zuzugeben, daß Absicht nicht zu dem Charakter von § 257 als Versuchsdelikt paßt. Subjektive Unrechtselemente sind gerade die Kennzeichen der kupierten Erfolgsdelikte.

Bei der in § 257 gewählten Formulierung "wer wissentlich Beistand leistet, um... zu" liegt es zunächst auch nahe, ein subjektives Unrechtselement anzunehmen. Wenn dieser

---

1) NJW 62/1037

2) Sieverts, S.143

erste Eindruck richtig ist, könnte Begünstigung nicht Unternehmensdelikt sein.

Der Wortlaut von § 257 ist jedoch auch hier irreführend. Wenn Begünstigung Unternehmensdelikt ist, ist die tatbestandsmäßige Handlung lediglich durch den erstrebten Erfolg spezifiziert, ein Beistandleisten liegt dann objektiv in jeder versuchten oder gelungenen Erfolgsherbeiführung. In § 257 wird ausdrücklich gesagt, diese Tätigkeit, also das Handeln auf den Erfolg hin, müsse wissentlich begangen werden.

Der Wortlaut des Gesetzes ergibt also, daß auf den Erfolg hin wissentlich und nicht absichtlich gehandelt werden muß[1].

Die Worte "um... zu" dienen lediglich zur inhaltlichen Bestimmung des Beistandleistens: Beistand i.S.v. § 257 leistet, wer es unternimmt, die Strafvereitelung oder die Vorteilssicherung herbeizuführen.

Wenn Begünstigung Unternehmensdelikt ist, ist also lediglich erforderlich, daß der Täter wissentlich[2] handelt, nicht jedoch, daß er absichtlich handelt[3].

Gegen die Auffassung, Begünstigung sei Unternehmensdelikt, kann also nicht eingewandt werden, zum subjektiven Tatbestand gehöre ein subjektives Unrechtselement.

c) Wenn Begünstigung Unternehmensdelikt ist, könnte sich aus dem Wesen des Versuchs ergeben, daß im Versuchsbereich nur geeignete Beistandsleistungen strafbar sind[4].

---

1) Nach Schröder, NJW 62/1040, wäre es ein "innerer Widerspruch, für die subjektive Beziehung zum Beistandleisten Wissentlichkeit genügen zu lassen, für den Effekt aber Absicht zu verlangen, da ja das Beistandleisten gerade erst durch den Begünstigungseffekt charakterisiert wird".

2) Unter Ausschluß von dolus eventualis, vgl. BGH in NJW 1960/1963

3) Im Ergebnis ebenso BGHSt 4/107; vgl. auch Lenckner in JuS 62/304

4) v.Bar, S.767, fordert Eignung in Analogie zum absolut untauglichen Versuch

Die objektive Versuchstheorie hatte bei allen Delikten zwischen geeigneten und ungeeigneten, zwischen tauglichen und untauglichen Versuchshandlungen unterschieden[1]. Das Wesen der Rechtswidrigkeit wurde dabei in der Herbeiführung unerwünschter Erfolge, in der Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern, gesehen. Strafgrund des Versuchs kann dann nur die Gefährdung eines Rechtsguts sein[2]. Bei ungefährlichen Handlungen fehlt dieser Erfolgsunwert, sie wurden daher als straflos betrachtet.

Ein anderer Unrechtsbegriff mußte auch zu einer anderen Bestimmung des Strafgrundes des Versuchs führen.

Wenn man von einem personalen Unrechtsbegriff ausgeht und den Handlungsunwert für das Entscheidende hält[3] oder wenigstens neben dem Erfolgsunwert betont[4], dann können auch Handlungen ohne Erfolgsunwert rechtswidrig sein. Untaugliche Versuchshandlungen sind nicht deshalb nicht rechtswidrig, weil der Erfolgsunwert, die Gefährdung eines Rechtsgutes, fehlt.

Der Handlungsunwert liegt bei tauglichen und bei untauglichen Versuchshandlungen gleichermaßen vor. Bei beiden Handlungen liegt eine Betätigung des verbrecherischen Willens vor und in dieser Betätigung wird, von der Lehre vom Handlungsunwert aus folgerichtig, von der h.L. heute der Strafgrund des Versuchs gesehen[5]. Die Auflehnung gegen die Rechtsordnung als solche, nicht die Gefährdung eines

---

1) Eb.Schmid , Lehrbuch, S.312; Mezger, Lehrbuch, 2.A., S.396; v.Hippel, Bd.2, S.418; Beling, Grundzüge, S.87

2) Eb.Schmid , Lehrbuch, S.302; Mezger, aaO, S.197; v.Hippel, Bd.2, S.185

3) Welzel, Lehrbuch, S.2ff; Neues Bild, S.30; Kaufmann, Normentheorie, S.72

4) Die h.L. ist der Ansicht, daß Aktunwert und Erfolgsunwert zusammen die Rechtswidrigkeit ausmachen; vgl. Maurach, AT, S.179; Baumann, Lehrbuch, 1.Aufl., S.82; Mezger, AT, S.105

5) Welzel, LB, S.171; Neues Bild, S.30; Maurach, AT, S.406; Schönke-Schröder, Vorbem. III 1 vor § 43; ständige Rechtsprechung

bestimmten Rechtsgutes, ist Strafgrund[1]. An der Unterscheidung zwischen tauglichen und untauglichen Versuchshandlungen kann nicht festgehalten werden[2].

Diese Erkenntnis muß für alle Delikte gelten. Auch bei § 257 kann der Strafgrund nicht in der Gefährdung der Rechtspflege liegen, auch hier kann die Unterscheidung von geeigneten und ungeeigneten Versuchshandlungen nicht richtig sein[3].

d) Wenn Eignung der Begünstigungshandlung nicht verlangt werden kann, kann auch nicht an dem aus der Eignung abgeleiteten Tatbestandsmerkmal "Unmittelbarkeit" festgehalten werden.

Die Beteiligungsformen sind also nicht schon deshalb differenzierbar, weil unmittelbare Eignung der Beistandsleistung erforderlich ist oder weil zum Tatbestand irgendeine Besserstellung des Vortäters gehört. Der Eintritt irgendeines Zwischenerfolges ist zur tatbestandlichen Vollendung bei § 257 nicht erforderlich.

V. Begünstigung als Unternehmensdelikt

Bestraft wird die Tätigkeit des Beistandleistens. Der Begünstigungserfolg muß lediglich beabsichtigt sein, die Tätigkeit muß auf diesen Erfolg gerichtet sein. Aus dieser subjektiven Verbindung mit einem Erfolg könnte sich ergeben, daß bei der Differenzierung der Beteiligungsformen bei Begünstigung, obwohl eine bloße Tätigkeit bestraft wird, die für Erfolgsdelikte geltenden Regeln anzuwenden sind, nicht die Regeln, die für Tätigkeitsdelikte gelten[4].

---

1) Maurach, aaO

2) RGSt 1/442

3) So Welzel, LB, S.334/442; Bockelmann, NJW 51/623; Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S.233; Dahm, DR 42/570; Hälschner, BT, S.876; Kantorowicz, Tat und Schuld, S. 188; Kunert, Normative Merkmale, S.121

4) s. oben S.20

(Bei den Erfolgsdelikten ist nach der subjektiven Theorie Täter, wer den Erfolg als eigenen will, bei den Tätigkeitsdelikten, wer die beschriebene Tätigkeit selber ausführt.)

1. Innerhalb der Tatbestände, bei denen die Strafdrohung an eine bloße Tätigkeit anknüpft, sind zwei Gruppen zu unterscheiden:

a) Bei den reinen Tätigkeitsdelikten und bei den an eine Tätigkeit anknüpfenden Unternehmensdelikten[1] wird im Tatbestand eine Tätigkeit genau beschrieben. Wenn Begünstigung zu dieser Gruppe gehört[2], wäre jeder, der Beistand leistet, Täter.

b) Bei den Unternehmensdelikten, die an einen Erfolg anknüpfen, wird jede versuchte Herbeiführung des Erfolges bestraft[3]. Begünstigung gehört zu dieser Gruppe. Oben, S.37ff, wurde festgestellt, daß der Tatbestand bei § 257 keine nähere Beschreibung einer Tätigkeit enthält, daß vielmehr jede (versuchte) Herbeiführung des Erfolges tatbestandsmäßig ist. Begünstigung ist also ein an einen Erfolg anknüpfendes Unternehmensdelikt.

2. Bei diesen Delikten sind auch im Versuchsbereich, obwohl dann eine bloße Tätigkeit bestraft wird, die Beteiligungsformen wie bei den Erfolgsdelikten abzugrenzen[4].

Auf die Beteiligungsform kann es nicht von Einfluß sein, ob der Gesetzgeber Vollendung und Versuch eines Erfolgsdelikts trennt oder beide Deliktsstadien zusammenfaßt und einen Unternehmenstatbestand bildet. Bei Trennung der Deliktsstadien müßten im Versuchsbereich dieselben Abgrenzungsgrundsätze gelten wie im Vollendungsstadium; Versuch

---

1) Vgl. die §§ 114, 122, 316a, 360 Nr.5

2) so Maurach, BT, S.638 und Mezger, AT, S.101

3) Vgl. die §§ 80, 89

4) Ebenso Schönke-Schröder, § 80 Nr.16, für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei § 80: Täter ist, wer die hochverräterischen Ziele zu seinen eigenen macht.

und Vollendung unterscheiden sich bei Erfolgsdelikten lediglich durch das Vorhandensein bzw. Fehlen des Erfolges, nicht jedoch in den Beteiligungsformen. Im Versuchsstadium ist daher, ebenso wie im Vollendungsstadium, nach der subjektiven Teilnahmetheorie nur derjenige Täter, der den Erfolg als eigenen will. Wer den Erfolg als fremden will, ist nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Versuch strafbar.

Dasselbe muß gelten, wenn ein Erfolgsdelikt als Unternehmenstatbestand formuliert ist.

Von der subjektiven Teilnahmetheorie aus sind also die Beteiligungsformen bei dem auf Strafvereitelung bzw. Vorteilssicherung gerichteten Unternehmenstatbestand Begünstigung unterscheidbar, es gibt Teilnahme zur Begünstigung. Anknüpfungspunkt für die Differenzierung ist der beabsichtigte Erfolg: Täter ist, wer den Begünstigungserfolg als eigenen will; das ist, von den Fällen der mittelbaren Täterschaft abgesehen, der unmittelbar Handelnde. Teilnehmer ist dagegen, wer die Herbeiführung des Begünstigungserfolges einem anderen anheimstellt, grundsätzlich der mittelbar Handelnde[1].

Den Entscheidungen des RG zur erfolglosen Beeinflussung von Zeugen kann nicht gefolgt werden: In diesen Fällen liegt nur versuchte Anstiftung zur Begünstigung vor, nicht jedoch gleichzeitig versuchte täterschaftliche Begünstigung. Versuchte Anstiftung zu Begünstigung, einem Vergehen, ist jedoch nicht strafbar.

Gegen dieses Ergebnis kann auch nicht eingewandt werden, Täter sei jedenfalls, wer voll tatbestandsmäßig handle[2], und auch der mittelbar Unterstützende handle voll tatbestandsmäßig. Denn nach der subjektiven Theorie und dem

---

1) Im Ergebnis ist Schröders Auffassung also zuzustimmen.

2) H.L., vgl. Welzel, LB, S.98, Kohlrausch-Lange, S.160, Maurach, AT, S.516; a.A. BGH in MDR 63/147 (Fall Staschynski).

zugrundeliegenden extensiven Täterbegriff[1] handelt jeder voll tatbestandsmäßig, der eine Ursache für den Erfolg setzt[2]. Aus der Tatbestandsmäßigkeit kann also nicht endgültig auf Täterschaft geschlossen werden, da es sonst keine Teilnahme gäbe. Die subjektive Theorie geht gerade davon aus, daß keine Beziehung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Täterschaft besteht.

Bei dem Grundsatz, Täter sei jedenfalls, wer tatbestandsmäßig handle, ist in Wirklichkeit auch nicht die Tatbestandsmäßigkeit gemeint, gedacht ist vielmehr an die eigenhändige, unmittelbare Erfolgsherbeiführung[3]; diese soll immer Täterschaft begründen. Daß an die eigenhändige Tatbestandsverwirklichung gedacht ist, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte dieses Satzes: Mit diesem Grundsatz sollte gegen die Entscheidung des RG im sog. Badewannenfall, gegen die Meinung, daß auch derjenige, der eigenhändig tötet, Teilnehmer sein könne, Stellung genommen werden.

Ob von der subjektiven Theorie aus ein objektiver Zusammenhang zwischen unmittelbarer, eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung und Täterschaft hergestellt werden kann, mag dahingestellt bleiben. Es handelt sich hierbei nicht um ein besonderes Problem der Teilnahme zur Begünstigung. Der mittelbar Unterstützende führt den Erfolg jedenfalls nicht eigenhändig herbei und beabsichtigt dies auch nicht; auch wenn man sich der h.L. anschließt und aus der eigenhändigen Tatbestandsverwirklichung auf Täterschaft schließt, ist man nicht gezwungen, bei mittelbaren Unterstützungshandlungen Täterschaft anzunehmen.

---

1) Gallas, Materialien, S.122
2) Wolff, Tatherrschaft, S.6
3) Maurach, AT, S.516; Baumann, NJW 63/563

§ 5: Differenzierung der Beteiligungsformen nach der final-objektiven Theorie

I. Inhalt der final-objektiven Theorie

Von einem bedeutsamen Teil des Schrifttums[1] wird am subjektiven Ausgangspunkt der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nicht mehr festgehalten. Auf der Grundlage der finalen Handlungslehre wurde eine neue Teilnahmetheorie, die final-objektive[2] Theorie, entwickelt[3].

Nach dieser Lehre enthält der Tatbestand nicht nur eine Erfolgs- sondern auch eine Handlungsbeschreibung[4]; tatbestandsmäßige Handlungen können von bloßen fördernden Beiträgen unterschieden werden; Täter ist, wer tatbestandsmäßig handelt.

Für die Beantwortung der Frage, welche Beiträge tatbestandsmäßig sind, soll nicht mehr, wie bei der formal-objektiven Theorie[5], die verbale Fassung des Tatbestandes entscheidend sein. Es werden auch nicht lediglich kausale Beiträge auf ihr Gewicht hin untersucht[6]. Vielmehr werden finale Handlungen, "objektiv-subjektive Ganzheiten"[7], gewertet; der Einfluß des Willens und der Vor-

---

1) Welzel, Lehrbuch, S.98; Maurach, AT, S.516; Gallas, Materialien, S.128; Beiträge, S.10ff; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft; Bockelmann, Beiträge, S.59, spricht von einer "vielleicht schon herrschenden Auffassung".

2) Maurach, aaO, bezeichnet sie als "materiell-objektive" Lehre. Bei dieser Bezeichnung besteht jedoch die Gefahr einer Verwechslung mit der alten materiell-objektiven Lehre, bei der kausale Beiträge gewertet wurden (vgl. M.E.Mayer, AT, S.403).

3) Auch die final-objektive Theorie kann im Rahmen dieser Arbeit, ebenso wie die subjektive Theorie, nur insoweit dargestellt werden, als es erforderlich ist, um entscheiden zu können, ob nach ihr die Beteiligungsformen bei Begünstigung unterscheidbar sind.

4) Gallas, Materialien, S.128; Wolff, Tatherrschaft, S.72

5) Vgl. hierzu Nowakowski, JZ 56/546; Baumann, JuS 63/57

6) Materiell-objektive Theorie, vgl. Baumann, aaO

7) Gallas, Materialien, S.127

stellungen des Täters auf die Tatgestaltung wird mitberücksichtigt.

Gewertet wird mit einem materiellen Maßstab, am Maßstab der Tatherrschaft[1]; tatbestandsmäßig sind diejenigen finalen Tatbeiträge, die mit Tatherrschaft geleistet werden. Täter ist, wer (Mit-) Inhaber der finalen Tatherrschaft ist[2], Teilnehmer, wem die Tatherrschaft fehlt. Nicht der Wille, sondern die reale Kräfteverteilung unter den mehreren Mitwirkenden[3] soll entscheidend sein.

Die Tatherrschaft wird definiert als "das vom Vorsatz umfaßte In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes"[4]. Sie setzt sich aus subjektiven und objektiven Momenten zusammen, "die Gestaltung der Tat durch den planvoll steuernden Verwirklichungswillen macht den Täter zum Herrn über die Tat"[5][6].

Dabei ist wieder zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikten zu unterscheiden. Bei den Erfolgsdelikten ist Beherrschung der Herbeiführung des Erfolges, bei den Tätigkeitsdelikten Beherrschung der im Tatbestand beschriebenen Tätigkeit zur Täterschaft erforderlich.

Auch wenn man nach der final-objektiven Theorie die Beteiligungsformen bei Begünstigung unterscheiden will, ist zunächst also wieder zu klären, worin die Tatbestandsverwirklichung bei § 257 besteht, worauf sich die Tatherrschaft zu beziehen hat.

---

1) Der Begriff stammt von Hegler (vgl. ZStW 36/32)

2) Welzel, LB, S.98

3) Maurach, S.515

4) Maurach, AT, S.517; vgl. auch Roxin, Tatherrschaft, S.307ff.

5) Welzel, LB, S.90

6) Nach Wolff, Tatherrschaft, S.72, ist an Hand des Adäquanzgedankens, mittels einer Gefährlichkeitsprognose, zu ermitteln, wer die Tat gestaltet.

II. Abhängigkeit der Unterscheidbarkeit von der Konstruktion der Begünstigung

Zunächst soll, entsprechend der h.L., unterstellt werden, daß durch die Worte Beistand leisten die tatbestandsmäßige Handlung der Art nach näher beschrieben sei. Dabei gab es zwei konstruktive Möglichkeiten[1]:

1. Von der h.L. wird Begünstigung als kupiertes Erfolgsdelikt betrachtet; der zur tatbestandlichen Vollendung erforderliche Zwischenerfolg soll austypisiert sein. Nur geeignete Beistandsleistungen seien tatbestandsmäßig, in der Eignung wird der erforderliche Zwischenerfolg gesehen. Die tatbestandsmäßige Handlung wird durch die Eignung spezifiziert.

Dabei können nach der h.L. mittelbare und unmittelbare Beistandsleistungen geeignet sein, auch die entferntere Eignung, die entferntere Gefährdung der Rechtspflege, soll als Zwischenerfolg genügen.

Wenn die Tatbestandsverwirklichung im Setzen geeigneter Beistandsleistungen, also letztlich in der Herbeiführung der Eignung, in der Gefährdung der Rechtspflege, liegt, ist Täter, wer Tatherrschaft in Bezug auf die Herbeiführung der Eignung hat. Dabei hat jedenfalls derjenige Tatherrschaft, der die Eignung eigenhändig herbeiführt[2].

Wenn man davon ausgeht, daß auch mittelbare Unterstützungshandlungen geeignet sein können[3], wäre auch der mittelbar

---

1) Vgl. oben S.32ff und S.42ff.

2) Alle Anhänger der final-objektiven Theorie sind der Ansicht, daß derjenige, der den zur Vollendung erforderlichen Erfolg eigenhändig herbeiführt, immer Täter ist; vgl.Maurach, AT, S.516; Welzel, Lehrbuch, S.98; Wolff, Tatherrschaft, S.94; Roxin, Tatherrschaft, S.127ff.

3) Wenn man dagegen mit der von Schröder früher vertretenen Ansicht nur unmittelbar geeignete Handlungen als tatbestandsmäßig betrachtet, wäre Tatherrschaft in Bezug auf die unmittelbare Gefährdung der Rechtspflege erforderlich. Diese Tatherrschaft hat grundsätzlich nur der unmittelbar Beistandleistende, nur er führt die unmittelbare Gefährdung eigenhändig herbei.

Beistandleistende Täter; die durch seinen Tatbeitrag bewirkte Eignung führt er eigenhändig herbei. Die Beteiligungsformen wären nicht unterscheidbar.

Oben, S.37ff, wurde jedoch nachgewiesen, daß Eignung nicht verlangt werden kann, daß jedes Beistandleisten in Begünstigungsabsicht strafbar ist.

2. Dann könnte Begünstigung als schlichtes Tätigkeitsdelikt aufgefaßt werden[1]. Tatbestandsmäßige Handlung wäre das Beistandleisten als solches, ohne Rücksicht auf den erstrebten Erfolg.

Bei den schlichten Tätigkeitsdelikten hat immer Tatherrschaft, wer die im Tatbestand beschriebene Tätigkeit selbst ausführt[2]. Bei Begünstigung wäre jeder, der Beistand leistet, Täter. Ein Beistandleisten liegt dabei auch in mittelbaren Unterstützungshandlungen. Beistandleisten kann nur als Tätigwerden in Begünstigungsabsicht definiert werden[3], und in Begünstigungsabsicht tätig wird auch, wer nur eine fremde Begünstigungshandlung veranlaßt bzw. unterstützt. Auch der mittelbar Helfende würde also die beschriebene Tätigkeit ausführen und wäre damit Täter.

III. Begünstigung als ein an einen Erfolg anknüpfendes Unternehmensdelikt

In Wirklichkeit ist bei Begünstigung die tatbestandsmäßige Handlung jedoch nicht näher beschrieben[4]. Die Strafdrohung knüpft vielmehr an die (versuchte) Verursachung eines Erfolges an[5]. Das ergibt sich schon aus der Definition

---

1) Vgl. oben S.42

2) Gallas, Beiträge, S.14; Welzel, Lehrbuch, S.98; Maurach, AT, S.516; Roxin, Tatherrschaft, S.139

3) Vgl. oben S.39. Ebenso RGSt 20/233

4) Vgl. oben, S.39

5) Tatbestandsmäßig sind die mit Tatherrschaft geleisteten Beiträge

des Beistandleistens. Wenn das Beistandleisten als Tätigwerden in Begünstigungsabsicht definiert wird, wird zugegeben[1], daß die tatbestandsmäßige Handlung lediglich durch den erstrebten Erfolg spezifiziert wird, daß die Handlung nicht der Art nach beschrieben ist.

Da aber zur tatbestandlichen Vollendung der Erfolgseintritt nicht erforderlich ist, ist Begünstigung ein an einen Erfolg anknüpfendes Unternehmensdelikt.

Bei dieser Deliktsgruppe ist nach der final-objektiven Teilnahmelehre, ebenso wie bei den Erfolgsdelikten, der erstrebte Erfolg der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Differenzierung der Beteiligungsformen[2].

Im Vollendungsbereich, wenn die Strafvereitelung oder die Vorteilssicherung eingetreten ist, ist Täter, wer "durch zweckbewußte Lenkung des Kausalgeschehens auf den tatbestandsmäßigen Erfolg hin Herr über die Erfolgsherbeiführung ist"[3].

Der mittelbar Unterstützende beherrscht die Erfolgsherbeiführung grundsätzlich nicht; er führt den Enderfolg weder eigenhändig herbei, noch beherrscht er den unmittelbar Ausführenden. Er überläßt vielmehr dem Vordermann die Entscheidung über Ob und Wie der Tatausführung. Im Vollendungsbereich kann also zwischen Täterschaft und Teilnahme unterschieden werden, der mittelbar Handelnde ist grundsätzlich Teilnehmer.

Im Versuchsbereich müssen dieselben Abgrenzungsgrundsätze gelten, Hier ist Täter, wer nach dem Plan der Beteiligten und nach deren Vorstellungen über den Ablauf der Tat die Erfolgsherbeiführung in-Händen-halten sollte[4].

---

1) Vorausgesetzt, daß man nicht Eignung verlangt

2) Siehe oben, S.43

3) Welzel, Lehrbuch, S.89; nach Gallas, Materialien, S.128, ist Täter, wer nach regelmäßiger Erfahrung mit seinem Wissen und den von ihm eingesetzten Mitteln den Erfolg herbeiführen konnte.

4) Auch in dieser Form liegt keine subjektive Teilnahmetheorie vor.

Wer erfolglos einen Dritten zur Begünstigung anstiftet, will die Tatausführung dem Dritten überlassen. Der Anstifter will nach seinem Plan die Erfolgsherbeiführung nicht beherrschen, nach seinen Vorstellungen über den Geschehensablauf ist er objektiv nur Teilnehmer.

Auch nach der final-objektiven Teilnahmetheorie gibt es also Teilnahme zur Begünstigung.

IV. Differenzierung nach der vom BGH vertretenen Auffassung über die Abgrenzung der Beteiligungsformen

Oben[1] wurde dargelegt, daß der BGH von einer subjektiven Abgrenzung ausgeht; als Indiz des Täterwillens gilt dabei auch der Tatherrschaftswille[2]. Den Tatherrschaftswillen hat, von Irrtumsfällen abgesehen, grundsätzlich derjenige, der Tatherrschaft i.S. der final-objektiven Theorie hat. Die extrem-subjektive Abgrenzung des RG wird also durch ein mehr objektives Kriterium korrigiert[3].

Da sowohl nach der Animus-Theorie als auch nach der final-objektiven Theorie eine Differenzierung möglich war, muß sie auch nach einer Mischtheorie, die Elemente aus diesen beiden Theorien enthält, möglich sein.

Auch nach der Auffassung des BGH hängt die Unterscheidung davon ab, was Objekt des Beherrschenwollens ist. Seinen Tatbeitrag, sein Tätigwerden in Begünstigungsabsicht, will auch der mittelbar Unterstützende beherrschen. Nicht beherrschen will er dagegen den Begünstigungserfolg. Und da es lediglich auf das Verhältnis der Beteiligten zum Erfolg ankommt, gibt es auch von der Teilnahmeauffassung des BGH aus echte Teilnahme zur Begünstigung.

---

1) S.16/17

2) BGHSt 8/393; 11/272

3) Eine genaue Einordnung der Auffassung des BGH ist nicht möglich. Die Rechtsprechung des BGH bietet kein einheitliches Bild (vgl. Roxin, Tatherrschaft, S.90). Auf die Einzelheiten kommt es jedoch bei der Frage, ob es überhaupt Teilnahme zur Begünstigung gibt, auch nicht an. Erst bei der Abgrenzung im Einzelfall würde eine genaue Einordnung der Auffassung des BGH bedeutsam.

§ 6: Ergebnis

Die Frage, ob es Teilnahme zur Begünstigung gibt und wie die Beteiligungsformen zu differenzieren sind, hängt im wesentlichen nicht davon ab, welcher Teilnahmelehre man folgt[1]. Entscheidend ist vielmehr, von welcher Auffassung über den Aufbau von § 257 ausgegangen wird.

Wenn der Tatbestand eine nähere Beschreibung der Handlung enthält, ist jeder, der die beschriebene Handlung selber ausführt, Täter, unabhängig von der Teilnahmelehre. Teilnahme zur Begünstigung gibt es dann nicht.

Enthält der Tatbestand dagegen nur eine Beschreibung des Enderfolges, ohne Austypisierung der tatbestandsmäßigen Handlung, dann ist nach allen Teilnahmetheorien eine Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme möglich.

Eine Handlungsbeschreibung enthält der Tatbestand, wenn nur geeignete Handlungen tatbestandsmäßig sind; in der Eignung liegt eine Einschränkung gegenüber der bloßen Kausalität bzw. Richtung auf den Begünstigungserfolg hin. Wenn Eignung dagegen nicht gefordert werden kann, ist Begünstigung Erfolgsdelikt.

Nach allen Teilnahmelehren hängt die Frage, ob es Teilnahme zur Begünstigung gibt, also von der Auslegung der Worte "Beistand leisten" ab. Wenn ein Beistandleisten nur in geeigneten Unterstützungshandlungen liegt, gibt es keine Teilnahme zu § 257, jeder Tatbeitrag begründet dann Täterschaft. Nur wenn Eignung nicht verlangt werden kann, sind die Beteiligungsformen differenzierbar.

M.E. ist es aus den oben[2] angeführten Gründen nicht gerechtfertigt, nur geeignete Handlungen als tatbestandsmäßig zu betrachten.

---

1) Im Einzelfall können die Ergebnisse selbstverständlich voneinander abweichen.

2) S.37ff

§ 7: Die Regelung im Entwurf 1962

Im Entwurf 1962 werden die sachliche und die persönliche Begünstigung getrennt geregelt.

1. Nur die Vorteilssicherung wird weiterhin als Begünstigung bezeichnet. Sie ist in § 289 des Entwurfs[1] geregelt. Strafbar ist, wer einem anderen Hilfe leistet in der Absicht, ihm die Vorteile der Tat zu sichern.

Die Bestimmung entspricht im tatbestandlichen Aufbau dem § 257 StGB. Lediglich die Worte "Beistand leisten" sind durch den Begriff "Hilfe leisten" ersetzt.

§ 289 E 1962 ist ebenfalls als Unternehmensdelikt ausgestaltet, versuchte und gelungene Bewirkung der Vorteilssicherung sind zu einem Tatbestand zusammengezogen. Für die Differenzierung der Beteiligungsformen muß dasselbe gelten wie bei § 257 StGB, auch hier ist Täter nur derjenige, der den beabsichtigten Erfolg, die Vorteilssicherung, als eigene will bzw. die Erfolgsherbeiführung beherrscht.

2. Die persönliche Begünstigung wird jetzt als Strafvereitelung bezeichnet. Nach § 447 Abs. 1 E 1962[2]

---

1) § 289. Begünstigung

I. Wer einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, ihm die Vorteile der Tat zu sichern, wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft.

II. Die Strafe darf nach Art und Maß nicht schwerer sein als die für die Vortat angedrohte Strafe.

III. Wegen Begünstigung wird nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist. Dies gilt nicht für denjenigen, der einen an der Vortat Unbeteiligten zur Begünstigung anstiftet.

2) § 447. Strafvereitelung

I. Wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, daß ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme (§ 11 Abs.1 Nr.5) unterworfen wird, wird mit Gefängnis bis zu fünf Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft.

ist wegen Strafvereitelung strafbar, wer ganz oder zum Teil vereitelt, daß ein anderer dem Strafgesetz gemäß bestraft wird. Anders als nach § 257 StGB ist die Tat erst mit Eintritt des Erfolges vollendet[1]. § 447 E 1962 ist nicht als Unternehmensdelikt konstruiert, bestraft wird nicht mehr die bloße Tätigkeit des Beistandleistens, sondern entsprechend den §§ 257a, 346 StGB als Erfolgsdelikt.

In § 447 IV E 1962 wird dann gesondert der Versuch für strafbar erklärt.

Bei diesem Deliktsaufbau ist die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme unproblematisch. Bei vollendeter Strafvereitelung ist, wie bei allen anderen Erfolgsdelikten, Täter, wer die Strafvereitelung als eigene wollte; Teilnehmer ist, wer nur eine fremde Tat unterstützen wollte. Bei versuchter Strafvereitelung gilt dasselbe, auch hier ist nur derjenige nach § 447 Abs.4 E 1962 strafbar, der den (nicht eingetretenen) Erfolg als eigenen wollte.

---

noch 2) (von der Vorseite):

II. Ebenso wird bestraft, wer absichtlich oder wissentlich die Vollstreckung einer gegen einen anderen verhängten Strafe oder Maßnahme ganz oder zum Teil vereitelt.

III. Die Strafe darf nach Art und Maß nicht schwerer sein als die für die Vortat angedrohte Strafe.

IV. Der Versuch ist strafbar.

V. Wegen Strafvereitelung wird nicht bestraft, wer durch die Tat ganz oder zum Teil vereiteln will, daß er selbst wegen Beteiligung an der Vortat bestraft oder einer Maßnahme unterworfen wird, oder daß die gegen ihn verhängte Strafe oder Maßnahme vollstreckt wird.

VI. Wer die Tat zugunsten eines Angehörigen begeht, ist straffrei.

VII. Im Sinne dieser Vorschrift steht der Jugendarrest einer Maßnahme gleich.

1) Begründung zum Entwurf 1962, S.630

ZWEITES KAPITEL:

Sonderfälle der Teilnahme zur Begünstigung

§ 8: Die Aufforderung zur Aussageverweigerung im Strafprozeß[1)]

I. Die Aussageverweigerung

Wenn ein Zeuge sich weigert, vor Gericht auszusagen, kann er zunächst nach § 70 StPO bestraft werden. Voraussetzung ist, daß das Zeugnis "ohne gesetzlichen Grund", ohne ein Zeugnisverweigerungsrecht i.S. der §§ 52ff StPO, verweigert wird.

Durch § 70 StPO soll die Durchsetzung der Zeugnispflicht gesichert werden[2)], der Ungehorsam des Zeugen wird bestraft. Die Strafdrohung knüpft an das Unterlassen einer gebotenen Handlung an, § 70 StPO ist echtes Unterlassungsdelikt.

Meistens wird der Zeuge mit seiner Aussageverweigerung die Bestrafung des Angeklagten verhindern wollen. Dann kommt neben der Bestrafung aus § 70 StPO auch noch eine Bestrafung wegen Begünstigung (durch Unterlassen) in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, daß der Zeuge eine Garantenstellung einnimmt.

1. Der Zeuge, der zur Aussageverweigerung berechtigt ist, ist jedenfalls nicht Garant. Ihn hat das Gesetz ausdrücklich von der Verpflichtung, bei der Durchführung des Strafverfahrens durch Aussagen mitzuwirken, befreit. Er handelt rechtmäßig, wenn er die Aussage verweigert[3)], er begeht schon tatbestandsmäßig keine Begünstigung[4)].

---

1) Das zur Aufforderung zur Aussageverweigerung Gesagte gilt entsprechend bei der Aufforderung, keinen Strafantrag zu stellen, den gestellten Strafantrag zurückzunehmen, eine Strafanzeige oder die geplante Selbstanzeige zu unterlassen.

2) KMR-Kommentar zur Strafprozeßordnung, S.312

3) Schönke-Schröder, § 257 Nr.24

4) BGHSt 10/394; Binding, LB Bd.II, 2.Abt. S.654

2. Aber auch der zur Aussage verpflichtete Zeuge ist nicht Garant für die Erfolgsabwendung. Aus der Pflicht zur Aussage folgt zwar die Pflicht zur Mitwirkung bei der Abwendung des in § 257 beschriebenen Erfolges; eine Garantenstellung folgt aus der Aussagepflicht jedoch nicht. Die Garantenpflicht kann nicht allein dem echten Unterlassungsdelikt entnommen werden[1]. Das Nichtbefolgen der Aussagepflicht wird nach § 70 StPO bestraft und außer der Aussagepflicht spricht nichts für eine Gleichstellung des Unterlassens mit dem Begehen. Lediglich aus einer Amtsstellung[2] oder aus einem Aufsichts- oder Autoritätsverhältnis[3] kann sich im Einzelfall eine Garantenstellung ergeben. In der bloßen Aussageverweigerung zugunsten des Angeklagten liegt also, auch wenn eine Aussagepflicht besteht, keine Begünstigung[4]. Die Tat ist lediglich nach § 70 StPO strafbar.

II. Die Aufforderung zur Aussageverweigerung

Wegen Begünstigung soll jedoch u.U. derjenige strafbar sein, der zur Aussageverweigerung auffordert[5]. Rechtsprechung und Lehre haben sich dabei nur mit der Beein-

---

1) Schönke-Schröder, Vorbem. Nr.92; Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S.285

2) RGSt 70/252

3) RG in DR 1943/234

4) Ebenso wohl Binding, LB II, 1.Abt. S.296.
a.A. Frank, Strafgesetzbuch, S.568, Jagusch in LK, § 257 Anm.2b, Allfeld, S.572.

Hofstetter, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers wegen Begünstigung, S.71 Anm.2m geht ebenfalls davon aus, daß in der unberechtigten Aussageverweigerung eine strafbare Begünstigung liege, da bei der Zeugnispflicht eine rechtliche Pflicht zu handeln bestehe.

Ebenso mittelbar RGSt 9/439, RGSt 54/41, BGHSt 10/394. Es konnte jedoch keine Entscheidung gefunden werden, in der ein Zeuge bei Zeugnisverweigerung wegen Begünstigung verurteilt worden war.

5) Vgl. RG in DR 1939/1067, BGHSt 10/394

flussung zur an sich berechtigten Aussageverweigerung beschäftigt. Lediglich dieser Fall schien problematisch. Die unberechtigte Aussageverweigerung wurde ja als tatbestandsmäßige Begünstigung betrachtet und die Aufforderung hierzu dann, je nach Standpunkt, als Anstiftung zur Begünstigung[1] oder als täterschaftliche Begünstigung[2].

1. Bei der Beeinflussung, von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen, hat der BGH[3] unter Zustimmung des Schrifttums[4] folgenden Standpunkt eingenommen:
Grundsätzlich soll eine solche Beeinflussung nicht strafbar sein[5]. Erst dann, wenn die freie Entscheidungsbefugnis des Zeugen durch prozessuale unerlaubte Mittel, durch Täuschung, Drohung oder Bestechung, ausgeschaltet wird, liege strafbare Begünstigung vor.

Diese Auffassung überrascht. Daß z.B. der Verteidiger, der einen Zeugen durch Drohung beeinflußt, wegen Nötigung strafbar ist, ist selbstverständlich. Nicht selbstverständlich ist dagegen, daß bei Anwendung eines prozessual unerlaubten Mittels aus einer erlaubten Beistandsleistung eine rechtswidrige Begünstigung wird, daß bei dem Begehungsdelikt Begünstigung die Rechtswidrigkeit nicht schon aus der Erfolgsherbeiführung folgt, daß rechtswidrig nur die Handlungen sind, die auch noch nach anderen Gesetzen ausdrücklich verboten sind.

Nach Hofstetter[6] liegt in der Aufforderung nur scheinbar eine Begünstigung. Solange dabei erlaubte Mittel eingesetzt würden, sei diese Begünstigung jedoch nicht rechts-

---

1) Schönke-Schröder, § 257 Nr.20

2) RG in DR 1939/1067

3) BGHSt 10/394

4) Schönke-Schröder, § 257 Nr.22; Binding, LB II, 2.Abt. S.653; Hofstetter, aaO, S.86

5) Das RG hatte (in JW 23/930) jede Beeinflussung als strafbar betrachtet.

6) aaO S.53

widrig. Erst der Einsatz unerlaubter Mittel begründe die Rechtswidrigkeit[1]. Im Anschluß an Binding[2] hält er dabei die Mittel für unerlaubt, die die freie Willensbildung des Zeugen ausschließen.

Dieser Begriff, der Ausschluß der freien Willensbildung des Beeinflußten, taucht sonst nicht bei der Rechtswidrigkeit, sondern in der Teilnahmelehre, bei der mittelbaren Täterschaft, auf. Wer eine Tat durch einen anderen unter Ausschluß dessen freier Willensbildung ausführen läßt, ist mittelbarer Täter[3].

Von hier aus ist es naheliegend, zu überprüfen, ob nicht auch bei Begünstigung in Wirklichkeit Teilnahmeprobleme und nicht Fragen der Rechtswidrigkeit untersucht werden, wenn von der Beeinflussung durch unerlaubte Mittel gesprochen wird.

Rechtsprechung und Lehre waren davon ausgegangen, daß Täterschaft und Teilnahme bei Begünstigung ununterscheidbar seien, daß in jeder geeigneten Unterstützungshandlung täterschaftliche Begünstigung liege. Die Aufforderung zur Aussageverweigerung ist eine geeignete Beistandsleistung, nach dem Standpunkt der h.L. also an sich täterschaftliche Begünstigung.

Dieses Ergebnis erschien jedoch unannehmbar. Der Verteidiger beispielsweise muß berechtigt sein, einen Zeugen auf sein Zeugnisverweigerungsrecht hinzuweisen. Eine Lösung des Dilemmas war nur noch im Bereich der Rechtswidrigkeit möglich; nur die tatbestandsmäßigen Handlungen, die prozessual unzulässig sind, sollten rechtswidrig sein.

---

1) aaO S.74

2) aaO S.653. Problematisch ist die Einwirkung durch Bestechung. Das Mittel ist zwar unerlaubt, die freie Willensentschließung wird jedoch nicht ausgeschlossen. Der BGH nimmt hier Begünstigung an. Ebenso Frank, Strafgesetzbuch, S.568. a.A. dagegen Binding aaO und Schönke-Schröder, § 257 Nr.22.

3) Maurach, AT S.319

Bei Schröder gibt es diese Schwierigkeiten nicht. Nach seiner Ansicht[1] sind nur unmittelbare Beistandsleistungen tatbestandsmäßig. Durch Aufforderung zur erlaubten Aussageverweigerung wird die Rechtspflege nur mittelbar gefährdet, die Handlung ist demnach nicht tatbestandsmäßig. In der Aufforderung liegt nach Schröders Ansicht auch keine strafbare Anstiftung zur Begünstigung, da eine rechtswidrige Haupttat fehlt. Die allgemeinen Teilnahmelehren ermöglichen die Lösung, bei der Rechtswidrigkeit entstehen keine besonderen Probleme, sie wird durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert. Die Fälle der Einwirkung durch Zwang werden allerdings noch als Ausnahmen behandelt und nicht ausdrücklich als Fälle der mittelbaren Täterschaft bezeichnet.

Kann Schröders Lösung gefolgt werden? Oben[2] war gezeigt worden, daß Teilnahme und Täterschaft bei Begünstigung unterscheidbar sind, wenn Begünstigung als echtes Unternehmensdelikt und nicht als kupiertes Erfolgsdelikt betrachtet wird. Dabei ist allerdings nicht entscheidend, ob der Beistand dem Vortäter unmittelbar oder mittelbar zugute kommen soll: Entscheidend ist vielmehr, ob der Unterstützende den Begünstigungserfolg als eigenen oder als fremden will bzw. ob er die Erfolgsherbeiführung beherrscht oder nicht.

Rechtsprechung und h.L. lösten das Problem der Aufforderung zur Aussageverweigerung über die Rechtswidrigkeit, weil sie grundsätzlich die Beteiligungsformen bei Begünstigung für ununterscheidbar hielten und deshalb in der Aufforderung eine an sich täterschaftliche Begünstigung sehen mußten.

Folgt nun aus der Tatsache, daß es echte Teilnahme zur Begünstigung gibt, daß die Lösung in der Teilnahmelehre liegt? Daß Aufforderung zur erlaubten Aussageverweigerung

---

1) Schönke-Schröder, § 257 Nr.22

2) S.43

deshalb grundsätzlich straflos ist, weil hierin lediglich eine Anstiftung liegt, die mangels einer rechtswidrigen Haupttat straflos ist?

a) Dabei soll zunächst der Fall ausgeschieden werden, in dem die freie Willensbildung des Zeugen ausgeschlossen wurde, da insofern über das Ergebnis Einigkeit besteht.

Es ist im wesentlichen unstrittig, daß derjenige, der einen anderen zu einer mangels Handlungspflicht straflosen Unterlassung zwingt, Täter des entsprechenden Begehungsdeliktes ist[1]. Die fehlende Garantenstellung des Vordermannes befreit den Hintermann nicht von der Haftung für den eingetretenen Erfolg, da er ihn durch positives Tun verursacht[2].

Insoweit kann es allerdings nicht darauf ankommen, ob unerlaubte Mittel zur Beeinflussung eingesetzt wurden. Entscheidend ist vielmehr, ob die allgemeinen Voraussetzungen der (mittelbaren) Täterschaft, Täterwille bzw. Tatherrschaft, gegeben sind[3]. Das ist dann der Fall, wenn durch Drohung oder durch Zwang die freie Willensbildung des Unterlassenden ausgeschlossen wurde.

b) Umstritten ist dagegen, ob und wie derjenige bestraft werden soll, der ohne Zwang zu einer mangels Garantenstellung straflosen Unterlassung auffordert.

Es handelt sich dabei um ein allgemeines Teilnahmeproblem, nicht um ein besonderes Problem der Teilnahme zur Begünstigung. Hier sollen daher nur die verschiedenen Meinungen und ihre Auswirkungen bei der Aufforderung zur Aussageverweigerung dargestellt werden. Eine Stellungnahme ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich.

---

1) Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S.190 und 196; Mezger, LB S.182 Anm.13; Welzel, Lehrbuch, S.182; Träger, Unterlassungsdelikte, S.16; Sauer, GS 114/320; Zimmermann, NJW 52/1322

2) Kaufmann, aaO S.190 und Roxin, Tatherrschaft, S.472

3) Bei Bestechung wird grundsätzlich keine mittelbare Täterschaft vorliegen.

aa) Die wohl herrschende Meinung[1] anerkennt die Möglichkeit einer Anstiftung zur Unterlassung. Wenn ein unechtes Unterlassungsdelikt Haupttat ist, wird die Aufforderung als Anstiftung zum entsprechenden Begehungsdelikt bestraft[2]. Ist dagegen der Beeinflußte nicht handlungspflichtig, ist sein Verhalten also tatbestandslos, dann ist die Anstiftung, da eine Haupttat fehlt, straflos[3].

Vom Standpunkt der h.L. aus wären die Fälle der Aufforderung zur berechtigten Aussageverweigerung also folgendermaßen zu lösen:

Wenn der Auffordernde, meistens ein Verteidiger, durch seine Einwirkung die freie Willensbildung des Zeugen ausgeschlossen hat, ist er Täter der Begünstigung.

Wenn kein Zwang angewandt wurde, kommt mangels Täterwillen bzw. Tatherrschaft nur Anstiftung in Betracht. Da jedoch keine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Haupttat vorliegt, ist die Anstiftung aus Akzessorietätsgründen straflos.

Die Lösung ergibt sich ausschließlich aus den Teilnahmeregeln.

bb) Nach Kaufmann[4] gibt es dagegen keine Anstiftung zur Unterlassung. Jeder Beitrag durch positives Tun begründe Täterschaft, gleichgültig, ob Zwang angewandt wird oder nicht[5]. Gleichgültig ist auch, ob der Unterlassende handlungspflichtig war oder nicht: Die Akzessorietätsregeln kommen, da nicht Anstiftung, sondern Täterschaft vor-

---

1) Nach Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S.193. Vgl. Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. Nr.74, Kielwein, GA 55/228, Sauer, GS 114/320, Stree in GA 63/12 und Roxin, aaO S.513 u. 518

2) Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. Nr.74

3) Sauer, GS 114/320; Grünwald, Unechtes Unterlassungsdelikt, S.127 (nach Kaufmann, S.198 Anm.249b).

4) S.194 ff. Ebenso Welzel, LB S.182. Dagegen: Roxin, Tatherrschaft, S.518 und Stree, GA 1963/1ff.

5) S.197 ff.

liegt, ohnehin nicht zur Anwendung. Auch im bloßen Zureden, von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen, würde also an sich täterschaftliche Begünstigung liegen.

Solange der Auffordernde sich jedoch darauf beschränkt, dem anderen wahrheitsgemäß die Umstände und die Folgen zu schildern, sei sein Verhalten nicht verboten, es sei sozialadäquat, auch wenn dadurch der Erfolg angestrebt wird[1].

Kaufmann kommt, wenn er sozialadäquate Einwirkungen für zulässig hält, praktisch zum selben Ergebnis wie die Rechtsprechung: Sozialadäquat sind die prozessual erlaubten Einwirkungen, inadäquat sind die von der StPO verbotenen. Ein Verteidiger beispielsweise, der einen Zeugen durch Bestechung zur (an sich berechtigten) Zeugnisverweigerung zu verleiten versucht, wäre nach dieser Ansicht wegen vollendeter täterschaftlicher Begünstigung strafbar[2].

2. Für die Aufforderung zur unberechtigten Aussageverweigerung gilt dasselbe wie für die Verleitung zur berechtigten Weigerung; denn auch der Zeuge, der grundlos nicht aussagt, ist nicht wegen Begünstigung strafbar[3]. Wenn aber beim Zeugen hinsichtlich der Begünstigung kein Unterschied besteht, dann muß beim Verteidiger[4], der ihn beeinflußt, dasselbe gelten wie bei dem Verteidiger, der zu einer berechtigten Zeugnisverweigerung auffordert. In

---

1) S.200

2) Wenn er dagegen versucht, den Zeugen durch Bestechung zur Falschaussage zu verleiten, liegt lediglich straflose versuchte Anstiftung zur Begünstigung vor.
M.E. ist eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle im Ergebnis nicht gerechtfertigt. Der Unwert ist bei der Verleitung zur Falschaussage eher größer als bei der Verleitung zur Nichtaussage. Im Ergebnis ist daher die unter aa) entsprechend der h.L. entwickelte Lösung bei der Verleitung zur Aussageverweigerung durch Bestechung befriedigender: die h.L. müßte auch bei der versuchten Verleitung zur Nichtaussage zur Straflosigkeit kommen.

3) a.A. die h.L.; Zitate vgl. oben, S.56 Anm.4

4) Der Verteidiger ist allerdings ebenfalls aus § 70 StPO strafbar, vgl. Binding, LB II, 1.Abt. S.297.

beiden Fällen fordert er zu einer i.S.v. § 257 nicht tatbestandsmäßigen Unterlassung auf.

Wegen Begünstigung strafbar ist der Verteidiger dann, wenn die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft vorliegen, praktisch also dann, wenn Zwang angewandt wird.

Sonst, wenn die freie Willensbildung des Zeugen nicht ausgeschlossen wurde, hängt die Lösung wieder davon ab, ob man sich der h.L. oder Kaufmanns Ansicht anschließt.

Hält man mit der h.L. Anstiftung zur Unterlassung für möglich, dann kommt man auch hier zur Straflosigkeit, da eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Haupttat nicht vorliegt.

Betrachtet man dagegen mit Kaufmann jeden, der eine Unterlassung veranlaßt, als Täter, dann wäre der Verteidiger wegen Begünstigung strafbar[1)], es sei denn, er beschränke sich auf die bloße (sozialadäquate) Aufklärung des Zeugen.

§ 9: Teilnahme zur Begünstigung und Irrtum über die Vortat

I. Einführung

Schwierigkeiten entstehen auch bei der Frage, ob strafbare Teilnahme zur Begünstigung vorliegt, wenn Teilnehmer oder Täter über die Vortat irren. Nachdem oben[2)] nachgewiesen wurde, daß Begünstigung Unternehmensdelikt ist, ist es besonders schwierig, für die Irrtumsfälle eine im Ergebnis befriedigende und dogmatisch haltbare Lösung zu finden. Denn wenn Begünstigung Unternehmensdelikt ist, ergibt sich sofort die Frage, ob auch in Bezug auf die Vortat die Versuchsregeln anzuwenden sind.

---

1) So das RG in DR 39/1067

2) s.S.37 ff.

Die Beteiligten können sich über tatsächliche Umstände der Vortat oder über die rechtliche Einordnung als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung irren. Die rechtlichen Auswirkungen eines solchen Irrtums hängen davon ab, was die an der Begünstigung Beteiligten über die Vortat wissen müssen. Was die Beteiligten wissen müssen, hängt zunächst von den objektiven Voraussetzungen der Vortat ab. Diese sind daher zuerst zu klären.

II. Die Vortat

Das Gesetz sagt nur, daß ein Verbrechen oder Vergehen begangen sein muß. Zwischen persönlicher und sachlicher Begünstigung wird dabei nicht unterschieden. In Rechtsprechung und Lehre ist heute jedoch allgemein anerkannt, daß die Voraussetzungen der Vortat bei den beiden Alternativen von § 257 verschieden sind.

1. Bei der persönlichen Begünstigung ist heute im wesentlichen[1] unstrittig, daß eine strafbare Vortat vorliegen muß[2]. Da es um die Vereitelung der Strafverfolgung geht, muß die Bestrafung möglich sein[3]. Die Vortat muß also rechtswidrig-schuldhaft sein, und ein persönlicher Strafausschließungsgrund darf nicht vorliegen; auch Verfolgungshindernisse dürfen nicht eingreifen[4].

2. Bei der sachlichen Begünstigung ist dagegen allgemein anerkannt, daß die Vortat nicht strafbar sein muß[5],

---

1) Auf Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden. Vgl.z.B. zu der Frage, ob noch im Augenblick der Aburteilung der Begünstigung eine Verfolgung der Tat des Begünstigten möglich sein muß, einerseits BGHSt 14/158, andererseits Schönke-Schröder, § 257 Nr.13.

2) Schönke-Schröder, § 257 Nr.11/12; Jagusch in LK § 257 Anm.2a; Welzel, LB S.442; Maurach, BT S.638; Bockelmann in NJW 51/622; RGSt 76/123; BGHSt 14/158.

3) Schönke-Schröder, § 257 Nr.11

4) Welzel, LB S.442

5) Bockelmann, aaO S.621

daß jedenfalls der Vortäter nicht schuldhaft[1] gehandelt haben muß und daß Verfolgungshindernisse vorliegen können[2]. Für die Vorteilssicherung ist vor allem entscheidend, daß ein rechtswidriger Zustand[3] besteht, dessen Restitution vereitelt werden kann.

3. Wenn die Voraussetzungen der Vortat bei den beiden Alternativen unterschiedlich sind, kann nicht für beide Alternativen gemeinsam geprüft werden, wie sich der Irrtum über die Vortat auf die Teilnahme auswirkt. Eine getrennte Prüfung ist dann erforderlich. Dabei soll mit der persönlichen Begünstigung begonnen werden.

III. Der Irrtum über die Vortat bei der persönlichen Begünstigung

1. Bei der persönlichen Begünstigung können die Beteiligten zunächst über die tatsächlichen Umstände der Vortat irren und dabei entweder

a) irrtümlich einen Sachverhalt annehmen, bei dem Bestrafung wegen eines Verbrechens oder Vergehens möglich ist, obwohl in Wirklichkeit nur eine Übertretung oder überhaupt keine strafbare Handlung vorliegt oder

b) irrtümlich einen Sachverhalt annehmen, bei dem kein Verbrechen oder Vergehen vorliegt, obwohl das in Wirklichkeit der Fall ist oder

c) über die Art der Vortat irren, z.B. Diebstahl statt Betrug annehmen, ohne damit auch über die Einteilung nach § 1 StGB zu irren oder

d) über den Vortäter irren.

Die Beteiligten können aber auch, ohne Irrtum über den Sachverhalt, eine falsche rechtliche Einordnung vornehmen und entweder

a) irrtümlich annehmen, bei dem gegebenen Sachverhalt liege ein Verbrechen oder Vergehen vor, obwohl das nicht der Fall ist, und umgekehrt

---

1) Bockelmann, aaO S.621; Welzel, LB S.333

2) Maurach, BT S.641; Schönke-Schröder, § 257 Nr.14

3) Bei welchen Vortaten im einzelnen sachliche Begünstigung möglich ist, braucht hier nicht geklärt zu werden. Vgl.hierzu Welzel, LB S.333 und Jagusch in LK II S.414

b) irrtümlich annehmen, die Tat sei kein Verbrechen oder Vergehen i.S.v. § 1 StGB.

2. Die Lösung dieser Irrtumsfälle hängt von der dogmatischen Einordnung der Voraussetzungen,

1. daß eine strafbare Vortat vorliegt und
2. daß diese strafbare Vortat ein Verbrechen oder Vergehen ist,

ab. Denn von der dogmatischen Einordnung hängt ab, ob den Beteiligten diese beiden Voraussetzungen bekannt sein müssen und hiervon hängt wieder ab, wie der Irrtum zu behandeln ist.

a) Die Einordnung der Voraussetzung "Vorliegen einer strafbaren Vortat" ist zwar irrelevant, wenn ein Beteiligter irrtümlich annimmt, eine strafbare Vortat sei nicht gegeben. Denn in diesem Fall fehlt der bei allen Beteiligten erforderliche Wille, bei der Vereitelung einer strafbaren Handlung mitzuwirken: eine Bestrafung ist schon deshalb nicht möglich[1].

Die Einordnung wird jedoch bedeutsam, wenn der Täter irrtümlich annimmt, eine strafbare Vortat liege vor, wenn er z.B. glaubt, er begünstige jemand, der gestohlen hat. Nachdem oben[2] nachgewiesen wurde, daß Begünstigung Unternehmensdelikt ist, müßte man dann, wenn man mit der h.L. das Vorliegen einer strafbaren Vortat als Tatbestandsmerkmal betrachtet[3], strafbare Begünstigung annehmen[4][5].

---

1) Binding, LB Bd.II Abt.2 S.658; Maurach, BT S.639; Schönke-Schröder, § 257 Nr.33

2) S.42

3) Maurach, BT S.639; Schönke-Schröder, § 257 Nr.5; Welzel, LB S.333/442; Zweier, Die Vortat der Begünstigung, S.89; vgl. auch RGSt 64/130 (zu § 259).

4) So Bockelmann in NJW 51/623 und Hartung in NJW 49/325. a.A. Zweier, aaO S.89, nach der § 257 nur in Bezug auf die Beistandsleistung als Versuchsdelikt konstruiert ist, bei dem Tatbestandsmerkmal Vortat dagegen Vollendung erforderlich ist. Bei Zweiers Lösung ist allerdings nicht einzusehen, warum dann nicht eine objektive Bedingung der Strafbarkeit angenommen wird.

In Rechtsprechung und Literatur wird demgegenüber fast einmütig[1] die Ansicht vertreten, der Wortlaut von § 257 ergebe eindeutig, daß eine strafbare Vortat wirklich vorliegen müsse. Wenn man dieser Ansicht folgt, bleibt nur die Möglichkeit, in der Voraussetzung, daß eine strafbare Vortat vorliegen muß, eine objektive Bedingung der Strafbarkeit zu sehen[2].

M.E. zwingt der Wortlaut von § 257 jedoch nicht zu der Auslegung, die die h.L. vorschlägt. Wenn man Begünstigung als Unternehmensdelikt betrachtet, ist sie sogar widersprüchlich. Tatbestandsmäßige Handlung ist dann jede versuchte Strafvereitelung. Eine versuchte Strafvereitelung liegt dabei nach der subjektiven Versuchstheorie auch vor, wenn der Erfolg, die Strafvereitelung, nicht erreicht werden konnte, weil eine Bestrafung nicht möglich war, da keine strafbare Vortat vorlag[3].

---

ch 4) (von der Vorseite): Welzel, LB S.339, nimmt im entsprechenden Fall bei der Hehlerei entgegen RG 64/130 nur ein Wahndelikt an, obwohl er auch bei der Hehlerei die Vortat zum objektiven Tatbestand rechnet (S.336). Bockelmann, aaO S.622, wendet gegen Welzel m.E. zu Recht ein, ein Wahnverbrechen liege nur vor, wenn jemand ein in tatsächlicher Hinsicht richtig erkanntes Verhalten rechtlich unzutreffend für strafbar halte. Das sei nicht der Fall, wenn der Nachtäter eine Handlung geschehen glaube, die, wenn sie wirklich seiner Vorstellung entsprechend begangen wäre, eine strafbare Handlung sein würde.

ch 5) (von der Vorseite): Für die Rechtsprechung entfiel allerdings auch in diesem Fall die Notwendigkeit einer dogmatischen Einordnung der Vortat. Die Rechtsprechung betrachtete nur geeignete Beistandsleistungen als strafbar und nahm Eignung nur dann an, wenn eine strafbare Vortat tatsächlich vorlag (RGSt 76/123). Wenn eine Vortat objektiv nicht vorlag, war die Beistandsleistung ungeeignet. Wenn der Unterstützende irrtümlich annahm, eine Vortat liege vor, lag nur ein strafloser Versuch der Begünstigung vor (RGSt 76/123; ebenso Maurach, BT S.639).

1) a.A. lediglich Hartung, NJW 49/325, Kantorowicz, Tat und Schuld S.190 und Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S.236 Anm.331.

2) So Bockelmann aaO. Grundsätzliche Bedenken gegen die Annahme objektiver Bedingungen der Strafbarkeit bei Kaufmann, Normentheorie S.213/214.

3) vgl. Schönke-Schröder, § 43 Nr.24

Im Tatbestand ist also klargestellt, daß auch bei irrtümlicher Annahme einer strafbaren Vortat eine tatbestandsmäßige Handlung vorliegt[1]. Dann wäre es jedoch widersprüchlich, anzunehmen, daß in einer beigefügten objektiven Bedingung der Strafbarkeit die Rechtsfolge der irrtümlichen Annahme einer Straftat nochmals - und zwar umgekehrt geregelt ist[2].

Widersprüchlich ist es auch, Irrtum und Versuch unterschiedlich zu behandeln und bei irrtümlicher Annahme, eine strafbare Vortat liege nicht vor, die Strafbarkeit auszuschließen, da es am Vorsatz fehle, obwohl die objektive Bedingung der Strafbarkeit vorliegt, bei irrtümlicher Annahme einer Vortat die Bestrafung trotz Vorliegens des Vorsatzes dagegen auszuschließen, da die objektive Bedingung der Strafbarkeit fehle. Sonst ist allgemein anerkannt, daß Tatbestandsirrtum und Versuch in einem Umkehrverhältnis zueinander stehen und daß bei den einzelnen Delikten bei denselben Merkmalen Tatbestandsirrtum und Versuch möglich ist[3].

Diese Widersprüche können nur aufgelöst werden, wenn man annimmt, mit den Worten "nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens" sei darüber, ob eine strafbare Vortat objektiv vorliegen muß, nichts ausgesagt. Mit diesen Worten sei nur ausgesagt, daß die Vortat eine bestimmte Deliktsqualität besitzen müsse. Aussagen über die Vortat seien nur mit den Worten "um denselben der Bestrafung zu entziehen" gemacht.

Für eine solche Auslegung spricht auch, daß die Anforderungen, die an die Vortat bei der persönlichen Begünstigung gestellt werden, ebenfalls nur durch Auslegung der

---

1) Ebenso Bockelmann, Untersuchungen, S.204

2) So jedoch Bockelmann, Untersuchungen, S.204: "Wenn... in Wahrheit die Vortat fehlt... hat er versuchte Strafvereitelung begangen - aber dieser Versuch bleibt, da die objektive Bedingung der Strafbarkeit mangelt, straflos". Vgl. hierzu auch Kaufmann, Unterlassungdelikte, S.236 Anm.331.

3) Vgl. Baumann, AT S.335

Worte "um denselben der Bestrafung zu entziehen" gewonnen werden, daß nur aus diesen Worten entnommen wird, daß eine strafbare Begünstigung nur vorliegen kann, wenn die Vortat strafbar war. Aus den Worten "nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens" könnte nicht entnommen werden, daß bei der persönlichen Begünstigung andere Anforderungen an die Vortat zu stellen sind als bei der sachlichen Begünstigung. Wenn man aber hier annimmt, daß die Anforderungen, die an die Vortat zu stellen sind, dem "Beistandleisten zur Strafvereitelung" zu entnehmen sind, ist es nur folgerichtig, anzunehmen, daß alle Aussagen über die Vortat hier enthalten sind.

Bei dieser Auffassung ist die Voraussetzung, daß eine strafbare Vortat vorliegen muß, Tatbestandsmerkmal. Inhalt des Vorsatzes ist dann lediglich das Bewußtsein, zur Strafvereitelung tätig zu werden[1]. Dieses Bewußtsein liegt auch dann vor, wenn der Begünstiger nur eine Übertretung als Vortat annimmt oder wenn er z.B. Diebstahl statt Unterschlagung[2] annimmt oder wenn er sich über den Täter der Vortat irrt und einen Unschuldigen unterstützt. Der Begünstigungsvorsatz liegt immer vor, wenn der Begünstiger annimmt, der Vortäter habe etwas getan, was strafbar ist. Auch bei irrtümlicher Annahme einer strafbaren Vortat liegt eine rechtswidrige Begünstigung vor[3], der Unternehmenscharakter der Begünstigung ist auch insofern beachtet. Bei irrtümlicher Annahme, eine strafbare Vortat liege nicht vor, fehlt dagegen der Vorsatz, die Tat ist nicht strafbar.

b) Die Feststellung, daß mit den Worten "nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens" nur ausgesagt ist, daß

---

1) So Binding, Normen II S.1087

2) Auch nach der Rechtsprechung ist nicht erforderlich, daß der Begünstiger die Vortat im einzelnen kennt; vgl. RGSt 31/285; RGSt 50/222; BGHSt 4/223 und dazu Nagler, aaO, und Hartung in JZ 54/694.

3) a.A. die h.L., vgl. RGSt 50/219 und Schönke-Schröder, § 257 Nr.16.

die Vortat ein Verbrechen oder Vergehen sein muß, daß alle anderen Aussagen über die Vortat dagegen den Worten "um... der Bestrafung zu entziehen" zu entnehmen sind, erleichtert auch die dogmatische Einordnung des Charakters der Vortat als Verbrechen oder Vergehen. Denn wenn diese Anforderung an die Vortat im Gesetz gesondert aufgestellt wurde, ist auch eine gesonderte dogmatische Einordnung eher möglich.

Die Charakterisierung der Vortat als Verbrechen oder Vergehen ist entweder Tatbestandsmerkmal oder objektive Bedingung der Strafbarkeit[1] oder Höhenmarke der Rechtswidrigkeit[2] oder subjektive Höhenmarke[3].

aa) Die Annahme eines Tatbestandsmerkmals führt, wenn man Begünstigung als Unternehmensdelikt betrachtet, zu unbefriedigenden Ergebnissen. Bei falscher Einordnung einer objektiv gegebenen Übertretung wäre wegen Begünstigung zu bestrafen. Nimmt der Täter dagegen irrtümlich z.B. an, eine bestimmte Tat sei nicht Diebstahl, sondern nur Mundraub, also nur eine Übertretung, so wäre er straflos.

Die Annahme eines Tatbestandsmerkmals ist auch dogmatisch nicht haltbar; denn verboten ist, darin ist Binding[4] Recht zu geben, jede Strafvereitelung, nicht nur die Begünstigung nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens.

bb) Binding nimmt deshalb eine objektive Bedingung der Strafbarkeit an. Nach seiner Ansicht wird mit den Worten "nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens" lediglich die Strafbarkeit gekennzeichnet, eine Widerspiegelung im Bewußtsein des Täters sei deshalb nicht nötig[5].

---

1) Bockelmann, Untersuchungen S.203; Kunert, Normative Tatbestandsmerkmale, S.124; Binding, LB Bd.II, Abt.2 S.658

2) Welzel, LB S.325

3) Nagler in LK, 7.Aufl., S.397; Kaufmann, Normentheorie, S.214 Anm.205

4) Normen II S.1089; vgl. Kaufmann, Normentheorie S.214 Anm.205

5) LB Bd.II, Abt.2 S.658; ebenso Kundert, aaO S.124

Subjektiv sei nur erforderlich, daß der Begünstiger die Bestrafung vereiteln wolle[1].

Die Ergebnisse sind jedoch auch bei dieser Meinung unbefriedigend. Es wird nicht genügend berücksichtigt, daß die Schuld des Täters größer ist, wenn er nach einer schweren Vortat helfen will, als bei einer Unterstützung nach einer leichten Tat. Wenn das Gesetz Begünstigung nur bei Verbrechen oder Vergehen für strafbar erklärt, kann es nicht unberücksichtigt bleiben, wenn der Begünstiger nur eine ganz geringfügige Tat unterstützen wollte.

cc) Welzel nimmt eine Höhenmarke der Rechtswidrigkeit an. Tatbestandsmäßig ist nach seiner Ansicht jede Begünstigung, widerrechtlich jedoch nur die Begünstigung eines Verbrechens oder Vergehens[2]. Der Irrtum über die Höhenmarke der Rechtswidrigkeit ist Verbotsirrtum. Der Begünstiger ist straffrei, wenn er in entschuldbarem Irrtum annimmt, die Vortat sei eine leichte Tat (die nach § 1 Übertretung wäre). "Nimmt er umgekehrt an, die Vortat, die nur eine Übertretung ist, sei ein schweres Delikt, so nimmt er eine nicht bestehende Rechtswidrigkeit seiner Begünstigung an und begeht ein Wahndelikt"[3]. Dabei ist in beiden Fällen gleichgültig, "ob der Irrtum auf falscher rechtlicher Zuordnung der Vortat oder auf der Verkennung von Tatumständen"[4] der Vortat beruht[5].

Auch Welzels Meinung kann nicht gefolgt werden. Der Irrtum über das tatsächliche Vorliegen einer strafbaren Vortat muß, das wurde oben nachgewiesen[6], als Tatbestandsirrtum behandelt werden. Er kann nicht mit dem Irrtum über die rechtliche Einordnung gleichbehandelt werden. Rechtswidrig ist eine Unterstützung auch, wenn der Begünstiger nur

---

1) Normen II S.1086
2) Welzel, LB S.443/335; Roxin, Rechtspflichtmerkmale S.8
3) Roxin, aaO S.29; Welzel, LB S.443/335
4) Roxin, aaO S.29
5) Welzel, LB S.335/339
6) s.S.68

irrtümlich annimmt, der Vortäter habe beispielsweise einen Mord begangen. Entgegen Welzels Ansicht liegt hier nicht ein Wahndelikt, sondern versuchte Begünstigung vor.

dd) Kaufmann[1] nimmt im Anschluß an Nagler[2] eine subjektive Höhenmarke, ein zusätzliches subjektives Strafbarkeitsmerkmal, an. Rechtswidrig ist nach dieser Ansicht jede Begünstigung, auch die Unterstützung nach einer Übertretung[3]. Schuldhaft handelt jedoch nur der Begünstiger, der "das Bewußtsein der Handlungsmerkmale einer Vortat, die Verbrechen oder Vergehen ist (nicht also erst das Bewußtsein des Verbrechenscharakters!)" hat. Er beweist damit einen "stärkeren Verwirklichungswillen", ein "gesteigerter Aktunwert" liegt vor, "erst an die damit verbundene erhöhte Schuld knüpft das Gesetz die Straffolge"[4].

Die unrichtige Einordnung der Vortat ist nach dieser Auffassung ohne rechtliche Auswirkungen; sie führt weder zum Versuch noch, im umgekehrten Fall, zum vorsatzausschliessenden Irrtum[5].

Entscheidend ist nur, ob der Begünstiger die tatsächlichen Voraussetzungen einer strafbaren Vortat, die Verbrechen oder Vergehen ist, für gegeben hält[6]. Hält er sie für gegeben, so liegt Begünstigung vor; hält er sie nicht für gegeben, so ist er mangels Schuld nicht strafbar.

Nur diese Auffassung führt zu befriedigenden, mit dem Versuchscharakter von § 257 übereinstimmenden Ergebnissen.

---

1) Normentheorie S.214 Anm.205

2) in LK, 7.Aufl., S.397

3) Kaufmann aaO

4) Kaufmann aaO

5) Ebenso die ständige Rechtsprechung, vgl. RGSt 31/285, 55/126, 71/154

6) Nach der Rechtsprechung ist dabei nicht erforderlich, daß er die Vortat genau gekannt hat; vgl. RGSt 50/222, BGHSt 4/223 und dazu Hartung in JZ 54/694.

c) Als Ergebnis ist also festzuhalten:
Das Vorliegen irgendeiner strafbaren Handlung ist Tatbestandsmerkmal. Zum Vorsatz gehört also das Wissen, daß eine strafbare Handlung vorliegt. Rechtswidrig ist jede Unterstützung nach einer strafbaren Handlung. Strafbar ist die Begünstigung jedoch nur bei erhöhter Schuld. Erhöhte Schuld liegt vor, wenn der Begünstiger die Handlungsmerkmale einer Vortat, die Verbrechen oder Vergehen ist, annimmt, wenn die subjektive Höhenmarke erreicht ist.
Nach § 50 Abs.1 sind dabei nur die Beteiligten strafbar, bei denen die subjektive Höhenmarke gegeben ist.

3. Die Lösung der Frage, ob der Teilnehmer bei persönlicher Begünstigung bei Irrtum über die Vortat strafbar ist, ergibt sich dann aus den allgemeinen Regeln:

a) Bei irrtümlicher Annahme einer strafbaren Vortat, die Verbrechen oder Vergehen ist, ist folgendermaßen zu entscheiden:
   1. Wenn Täter und Teilnehmer sich irren, ist der Teilnehmer wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zur versuchten Begünstigung strafbar[1].
   2. Irrte sich nur der Täter, so ist der Teilnehmer als agent provocateur straflos[2].
   3. Irrte nur der Teilnehmer, so liegt nur versuchte Teilnahme vor, die bei Vergehen immer straflos ist.

b) Bei irrtümlicher Annahme einer Vortat, die Übertretung ist, sind alle Beteiligten, da die subjektive Höhenmarke fehlt, mangels Schuld straflos.

c) Bei irrtümlicher Annahme, eine strafbare Vortat, die Verbrechen oder Vergehen ist, läge nicht vor:
   1. Wenn alle Beteiligten sich irrten, fehlt bei allen der Vorsatz, wenn sie annehmen, eine strafbare Handlung liege überhaupt nicht vor, und die Schuld, wenn sie nur eine Vortat annahmen, die Übertretung ist; alle sind straflos[3].

---

1) Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. Nr.69

2) Schönke-Schröder, § 48 Nr.11

3) Auch der Teilnehmer muß den Enderfolg, die Strafvereitelung, wollen; vgl. Baumann, AT S.461

2. Wenn nur der Teilnehmer sich irrte, ist er mangels Vorsatzes oder mangels Schuld straflos[1].

3. Wenn sich nur der Täter irrte, ist zu unterscheiden, ob der Irrtum dem Teilnehmer bekannt war oder nicht.

   Wenn dem Teilnehmer der Irrtum bekannt war, ist er mittelbarer Täter[2].

   Wenn ihm der Irrtum unbekannt war, liegt, wenn der Täter vorsätzlich, aber wegen Fehlens der subjektiven Höhenmarke schuldlos handelte, Teilnahme vor; wenn der Täter dagegen nicht vorsätzlich handelte, also nicht wußte, daß irgendeine Vortat vorliegt, ist strittig, ob strafbare Teilnahme[3] oder nur straflose versuchte Teilnahme[4] vorliegt. Eine Entscheidung ist hier nicht erforderlich, da es sich nicht um ein besonderes Problem der Teilnahme zur Begünstigung handelt.

IV. Der Irrtum über die Vortat bei der sachlichen Begünstigung

Bei der sachlichen Begünstigung ist Voraussetzung, daß durch eine rechtswidrige Vortat ein rechtswidriger Zustand begründet wurde, dessen Restitution vereitelt werden kann. Die Vortat muß dabei, ebenso wie bei der persönlichen Begünstigung, Verbrechen oder Vergehen sein.

1. Für die dogmatische Einordnung dieser beiden Voraussetzungen gilt dasselbe wie bei der persönlichen Begünstigung.

a) Die Voraussetzung, daß durch eine rechtswidrige Tat ein rechtswidriger, restituierbarer Zustand geschaffen wurde, ist, ebenso wie bei der persönlichen Begünstigung die strafbare Vortat, Tatbestandsmerkmal. Die oben[5] bei der persönlichen Begünstigung angeführten Gründe sprechen auch hier gegen die Annahme einer objektiven Bedingung

---

1) Baumann, AT S.461
2) Welzel, LB S.91
3) So Schönke-Schröder, § 47 Vorbem.61
4) Welzel, LB S.101 und BGHSt 9/370
5) s.S.68

der Strafbarkeit. Irrtümliche Annahme einer begünstigungsfähigen Situation führt auch bei der sachlichen Begünstigung zum Versuch, fehlende Kenntnis der begünstigungsfähigen Situation schließt den Vorsatz aus.

b) Die Voraussetzung "nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens" gilt für beide Alternativen der Begünstigung. Es besteht kein Anlaß, sie bei der sachlichen Begünstigung anders zu behandeln als bei der persönlichen. Auch bei der sachlichen Begünstigung ist diese Voraussetzung subjektive Höhenmarke.

2. Die Irrtumsfälle sind, wenn für die dogmatische Einordnung der Vortat und damit für den Vorsatz und für die Schuld dasselbe gilt wie bei der persönlichen Begünstigung, nach denselben Grundsätzen zu lösen wie bei dieser.

§ 10: Die Teilnahme des Vortäters an seiner Begünstigung

Von den Problemen der Teilnahme zur Begünstigung wurde in der Literatur bisher nur eine Sonderfrage, die Frage ob der Vortäter wegen Anstiftung oder Beihilfe zu seiner eigenen Begünstigung bestraft werden kann, ausführlicher erörtert. Die Bestrafung des Vortäters wegen Teilnahme zur Begünstigung erschien deshalb problematisch, weil der Vortäter nicht Täter der Begünstigung sein kann. Denn Selbstbegünstigung ist - das ist unbestritten[1] - nicht tatbestandsmäßig, die Worte "Beistand leisten" in § 257 setzen voraus, daß ein anderer unterstützt wird[2].

Kann nun derjenige, der den Begünstigungserfolg an sich straflos herbeiführen darf, wegen Teilnahme zur Begünsti-

---

1) Gribbohm, MDR 61/198; Welzel, LB S.335; RGSt 60/346; BGHSt 5/75

2) BGH in MDR 62/751 (BGHSt 17/236)

gung bestraft werden, wenn er zur Erfolgsherbeiführung einen Dritten einschaltet? Oder gilt bei Begünstigung der Satz, daß nicht Teilnehmer sein kann, wer als Täter straflos ist[1]?

I. Straflosigkeit des Vortäters als "mittelbarer Täter der Selbstbegünstigung"?

Straflos wäre der Vortäter jedenfalls dann, wenn sich nachweisen ließe, daß in der Aufforderung zur Fremdbegünstigung in Wirklichkeit keine Teilnahme an fremder Tat, sondern ausschließlich täterschaftliche (Selbst-)Begünstigung liegt.

Zu diesem Ergebnis müßte man kommen, wenn die Beteiligungsformen bei § 257 nicht unterscheidbar wären und in jeder Betätigung der Begünstigungsabsicht eine vollendete Begünstigung liegen würde.

Oben wurde jedoch nachgewiesen, daß die Beteiligungsformen unterscheidbar sind. Täter ist der Vortäter nur dann, wenn er Täterwillen bzw. Tatherrschaft hat. Das ist grundsätzlich nicht der Fall. Der Vortäter hat zwar das überwiegende Interesse am Erfolg[2]; er betrachtet die Herbeifüh-

---

1) So v.Hippel, LB S.169, Deutsches Strafrecht II S.486, mit der Begründung, dem Vortäter sei die Verursachung des Erfolges freigegeben.

2) Lange, Notwendige Teilnahme S.88, schließt u.a. auch aus diesem Interesse des Vortäters am Erfolg, der Vortäter sei in Wirklichkeit nicht Teilnehmer an fremder Tat, sondern Täter der Begünstigung. Die Anstiftung sei lediglich straflose Vorbereitungshandlung zur eigenen Tat (S.79).

Welzel (ZStW 61/213) hält dem m.E. zu Recht entgegen, für den Haupttäter sei die Teilnahmehandlung Dritter, auch wenn sie in seinem Interesse geschehe, eine ebenso fremde Tat, wie die Haupttat für den Teilnehmer; in der Anstiftung liege mehr als bloße Vorbereitung der eigenen Tätigkeit.

Subsidiarität der Anstiftung gegenüber der Mittäterschaft des Vortäters könnte außerdem m.E. nur dann angenommen werden, wenn eine Bestrafung wegen Mittäterschaft möglich wäre. Gegenüber der straflosen Selbst-

rung des Erfolges jedoch nicht als sein Werk; nach der Dolustheorie hat er nur den animus socii, nicht den animus auctoris; er beherrscht auch nicht den Geschehensablauf.

II. Strafausschluß infolge Unzumutbarkeit?

1. Die h.L. hält jedoch auch eine Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe nicht für möglich. Zur Begründung wird vorgebracht, täterschaftliche Begünstigung sei straflos, weil dem Vortäter ein rechtmäßiges Verhalten unzumutbar wäre. Dasselbe gelte auch für die Teilnahme des Vortäters an einer Fremdbegünstigung[1], infolge der notstandsähnlichen Zwangslage sei auch hier rechtmäßiges Verhalten unzumutbar. Wenn beim Zusammentreffen von persönlicher Selbstbegünstigung mit Fremdbegünstigung die Strafbarkeit ausgeschlossen sei[2], obwohl eine tatbestandsmäßige Handlung vorliege, müsse dasselbe auch bei der Anstiftung zur persönlichen Begünstigung gelten. Wenn der Grundsatz, "daß die Handlungsfreiheit der Person im Strafgesetz ihre Grenze finde, daß sie also strafbar wird, sobald sie sich mittels Verwirklichung eines Straftatbestandes geltend macht"[3], im einen Fall durchbrochen werde, könne er auch im anderen Falle nicht gelten, da der Vortäter sich jeweils in der gleichen psychologischen Situation befinde[4];

---

och 2) (von der Vorseite): begünstigung ist die Anstiftung zur Fremdbegünstigung nicht subsidiär.

Im übrigen ist die grundsätzliche Annahme mittelbarer Selbstbegünstigung beim Vortäter nur von der Interessentheorie aus möglich (vgl. Müller in GA 58/339).

1) Gribbohm, aaO; Schönke-Schröder, § 257 Nr.44; Welzel, LB S.443; Maurach, BT S.640.

2) RGSt 63/235; 72/23; 60/103; BGHSt 2/378; 5/80.

3) RGSt 74/47; BGHSt 5/80

4) Gribbohm aaO; Schönke-Schröder aaO.
Die Straflosigkeit infolge Unzumutbarkeit wird auch durch einen Vergleich mit § 257 II u. III begründet. Vgl. im einzelnen Müller in GA 58/334ff, Gribbohm, aaO, Lange, Notwendige Teilnahme S.86ff und Schröder in JR 62/428.

eine unterschiedliche Behandlung sei nicht gerechtfertigt.

Mit Unzumutbarkeit kann allerdings nur die Straflosigkeit der Teilnahme zur persönlichen Begünstigung begründet werden[1]; bei der Anstiftung zur Vorteilssicherung besteht keine notstandsähnliche Situation, die rechtmäßiges Verhalten als unzumutbar erscheinen lassen würde.

2. Die Rechtsprechung hat dagegen auch bei Anstiftung zur persönlichen Begünstigung als Annahme eines Schuldausschlusses wegen Unzumutbarkeit abgelehnt. Der BGH[2] geht davon aus, daß die Selbstbegünstigung nicht unwertfrei sei. Dann könne aber der Gesetzgeber nach eigenem Ermessen die Grenzen der Straflosigkeit selbstbegünstigenden Verhaltens bestimmen und nach Ansicht des BGH ergibt sich aus der positiven Gesetzeslage eindeutig, daß die Teilnahme des Vortäters strafbar ist. Eine solche Regelung sei nicht willkürlich, eine Korrektur der eindeutigen Gesetzeslage nicht möglich[3].

3. M.E. ist der Standpunkt der Rechtsprechung im Ergebnis nur dann richtig, wenn in der Teilnahme des Vortäters an fremder Begünstigung ein größerer Unwert liegt als in der täterschaftlichen Selbstbegünstigung. Nur dann ist die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt.

Ist dagegen der Unwert des Tatbeitrages des Anstifters nicht größer, dann ist schon die Rechtswidrigkeit der An-

---

1) Schönke-Schröder, § 257 Nr.44; Gribbohm, aaO; RGSt 63/375

2) BGH in MDR 62/751 (BGHSt 17/238). Vgl. auch RGSt 50/365; 4/60; 60/348; BGHSt 5/80

3) Ebenso Müller, GA 58/334ff, nach dem die Zumutbarkeitsformel nicht geeignet ist, kriminalpolitisch unerwünschte Folgen, die sich aus der Anwendung bestimmter Strafvorschriften ergeben, zu verhindern. Die Zumutbarkeitsformel passe dort nicht, wo ein Verhalten vom Gesetzgeber eindeutig unter Strafe gestellt sei.
a.A. ist Henkel (Mezger-Festschrift, S.270) für den Fall des Zusammentreffens von Selbstbegünstigung mit Fremdbegünstigung. Durch die Heranziehung der Zumutbarkeitsformel werde hier der tatbestandliche Bereich von § 257 einschränkend ausgelegt.

stiftung ausgeschlossen, so daß es auf einen evtl. Schuldausschluß durch Unzumutbarkeit nicht mehr ankommt. Der Unwert der Anstiftung ist nicht größer, wenn er ebenfalls nur in der Herbeiführung des Begünstigungserfolges liegt. Eine rechtswidrige Anstiftung liegt dann nicht vor, weil die Herbeiführung dieses Erfolges durch den Vortäter nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig ist. Wenn der Unwert der Anstiftung aber nicht größer ist als der Unwert der täterschaftlichen Selbstbegünstigung, sondern ebenfalls nur in der Herbeiführung des Erfolges liegt, dann ist auch die Anstiftung nicht verboten, da der Vortäter den Erfolg ja herbeiführen darf[1]. Wegen des Handelns auf den Erfolg hin ist er nicht strafbar, gleichgültig, in welcher Form er mitwirkt. Rechtswidrig ist die Anstiftung nur dann, wenn ihr Unwert nicht nur in der Mitverursachung des unerwünschten Erfolges liegt. Und wenn der Unwert der Anstiftung größer sein sollte als der Unwert der Selbstbegünstigung, gäbe es auch keinen zwingenden Grund, die Anstiftung entsprechend der täterschaftlichen Selbstbegünstigung wegen Unzumutbarkeit straflos zu lassen[2].

III. Abhängigkeit der Bestrafung vom Strafgrund der Teilnahme

Die Entscheidung über die Strafbarkeit des teilnehmenden Vortäters hängt also zunächst davon ab, ob in der Teilnahme ein besonderer, über den Unwert der Erfolgsverursachung hinausgehender Unwert liegt.

---

1) a.A. Schröder in JR 58/428, nach dem es immer, nicht nur bei den Sonderdelikten, ohne Bedeutung ist, ob der Teilnehmer Täter hätte sein können.

2) Befriedigender wäre es allerdings auch dann, Unzumutbarkeit entsprechend der Behandlung der Fremdbegünstigung, die mit Selbstbegünstigung zusammentrifft, oder entsprechend der Behandlung der Anstiftung zur Begünstigung durch einen Angehörigen (vgl. Schröder in JR 62/428, JR 60/348 und BGHSt 14/172) anzunehmen. Diese Lösung ist jedoch nicht zwingend.

1. Die Rechtsprechung geht hiervon aus, wenn gesagt wird, der Gedanke der Selbstbegünstigung sei bei der Anstiftung nicht anwendbar, weil "die Tat des Angestifteten nicht die des Anstifters ist"[1]. Der besondere Unwert wird im Hereinziehen des Angestifteten gesehen[2], hierdurch soll die Rechtswidrigkeit der Anstiftung begründet werden. Besonders deutlich wird in RG 60/348 auf die Beteiligung an der strafbaren Handlung des Angestifteten und nicht auf den erstrebten, für den Anstifter nicht verbotenen, Erfolg abgestellt.

Die Straflosigkeit des agent provocateur hatte das RG[3] demgegenüber ausdrücklich damit begründet, der Anstifter sei nicht deshalb strafbar, weil er Mitschuld daran trage, daß ein anderer sich strafbar mache, Strafgrund sei vielmehr, daß der Anstifter bei der Verübung einer mit Strafe bedrohten gemeingefährlichen Handlung mitwirke.

Die unterschiedliche Behandlung des Vortäters und des agent provocateur ist nicht gerechtfertigt. Beide, Vortäter und agent provocateur, veranlassen, daß ein anderer schuldig wird. Wenn hierin der Grund der Strafbarkeit des Teilnehmers liegt (so die Schuldteilnahmetheorie[4]), dann müssen beide bestraft werden. In Bezug auf den Erfolg besteht ebenfalls Übereinstimmung. Wenn die Mitwirkung bei der Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes der Strafgrund ist (Verursachungstheorie[5]), dann

---

1) RGSt 63/375

2) Vgl. LK 7.Aufl., § 257 II 7: "Die Anstiftung ist strafbar wegen der Verderbnis fremder Rechtstreue (selbständiger Unrechtsgehalt)".

   Müller, GA 58/339: "Die Teilnahmehandlung.... äußert Wirkungen auf andere".

   H.Mayer in Rittler-Festschrift, S.261: "Der Verbrecher kann sein vorheriges schuldhaftes Tun doch nicht als Entschuldigung dafür vorbringen, daß er einen Dritten in die Sache mit hineinzieht".

3) RGSt 15/316

4) Franzheim, Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, S.34

5) Franzheim, aaO S.34

können beide nicht bestraft werden; der agent provocateur ist wegen versuchter Erfolgsherbeiführung nicht strafbar, weil er den Erfolg gerade nicht herbeiführen will.

Vom Strafgrund der Teilnahme hängt also ab, ob eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Anstiftung vorliegt.

2. Nach Einführung der limitierten Akzessorietät durch § 50 kann das Wesen der Teilnahme nicht mehr mit dem Gedanken der Korruption, der Verführung des Haupttäters, erklärt werden[1]. Es gibt jetzt auch Teilnahme zu schuldloser Haupttat.

Damit ist jedoch noch nicht bewiesen, daß das Wesen der Teilnahme in der Mitverursachung des Erfolges der Haupttat liegt[2]. Das Entscheidende könnte auch die Mitwirkung des Täters an der Entstehung einer rechtswidrigen Handlung sein[3].

3. Von der kausalen Handlungslehre aus kann es allerdings nach Ablehnung der Schuldteilnahmetheorie nur auf die Mitwirkung bei der Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts ankommen[4]. Nach der kausalen Handlungslehre folgt die Rechtswidrigkeit grundsätzlich aus der Rechtsgutsverletzung[5]. Personale Unrechtselemente werden nicht anerkannt. Jede Handlung, die den verbotenen Erfolg verursacht, ist tatbestandsmäßig-rechtswidrig (es sei denn, sie durfte aus besonderen Gründen vorgenommen werden). Wenn aber zwischen rechtswidriger Handlung und verbotener Erfolgsverursachung kein sachlicher Unterschied

---

1) Lange, Notwendige Teilnahme S.36ff; Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. Nr.71; Welzel, LB S.102; a.A. H.Mayer, AT S.319

2) So jedoch Lange, Notwendige Teilnahme S.57; Schönke-Schröder, § 47 Vorbem.71; v.Hippel, Deutsches Strafrecht II, S.449

3) So Welzel, Lehrbuch S.102 u. ZStW 61/213, Maurach, AT S.533, Stratenwerth, MDR 53/719

4) Stratenwerth, aa/; Esser, GA 58/331ff

5) Welzel, LB S.54/57; Schönke-Schröder, 10.Aufl.,S.14; vgl. auch Lange, Notwendige Teilnahme, S.9 unten.

besteht, andererseits aber die Schuldteilnahmelehre abgelehnt wird, kann Strafgrund der Teilnahme nur die Mitwirkung bei der verbotenen Rechtsgutsverletzung sein. Denn wenn die Täterhandlung keinen eigenen personalen Handlungsunwert besitzt, kann Strafgrund nicht die Veranlassung der Täterhandlung sein. Wenn der Unwert der Täterhandlung sich im Erfolgsunwert erschöpft, kann der Unwert der Teilnahme auch nur in der Herbeiführung des Erfolgsunwerts, der Rechtsgutsverletzung, liegen[1].

Verbotener Erfolg ist bei § 257 die Begünstigung eines anderen. Diesen Erfolg kann der Vortäter nicht mitverursachen, er begünstigt sich selbst. Er kann demnach auch nicht wegen Teilnahme zur Begünstigung bestraft werden[2].

Dieses Ergebnis entspricht auch dem auf der Grundlage der kausalen Handlungslehre entwickelten extensiven Täterbegriff. Nach diesem Täterbegriff besteht auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit kein Unterschied zwischen Täter und Teilnehmer, zumindest insofern, als der Tatbestand die Beschreibung eines Erfolges enthält[3]. Auch der Teilnehmer handelt tatbestandsmäßig, da er eine Ursache für die verbotene Rechtsgutsverletzung setzt. Wer das Rechtsgut verletzen darf, handelt nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig, eine Qualifizierung als Teilnehmer kommt nicht in Betracht.

4. Zu einem anderen Ergebnis soll die finale Handlungslehre führen[4]. Sie versteht das Unrecht nicht als bloße Rechtsgutsverletzung; Rechtswidrigkeit sei vielmehr

---

1) Ebenso Schönke-Schröder, § 47 Vorbem.71 und Baumann, AT S.455

2) Dieser Gesichtspunkt gilt, anders als der Vorschlag, Schuldausschluß wegen Unzumutbarkeit anzunehmen, sowohl für die persönliche als auch für die sachliche Begünstigung.

3) Soweit im Tatbestand die Person des Täters näher beschrieben wird, kann das nicht gelten.

4) Welzel, ZStW 61/213 u. LB S.102; Stratenwerth, MDR 53 S.719

"die Mißbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat"[1]. Das Unrecht sei "täterbezogenes, personales Handlungsunrecht"[2]. Der Erfolgsunwert wird lediglich als unselbständiges Moment[3] des Handlungsunwerts, das im Einzelfall, z.B. beim untauglichen Versuch oder bei den Tätigkeitsdelikten[4], auch fehlen kann, betrachtet.

Da der Handlungsunwert die Rechtswidrigkeit begründe, könne Strafgrund der Teilnahme nur das Hervorrufen der rechtswidrigen Handlung des Täters sein[5], nicht jedoch das Herbeiführen eines verbotenen Erfolges. Der Teilnehmer werde bestraft, weil er an der Entstehung einer rechtswidrigen (nicht allerdings schuldhaften) Handlung mitgewirkt habe[6]. Daß der Anstifter den Erfolg gerade nicht herbeiführen will (beim agent provocateur)[7] bzw. herbeiführen darf (beim Vortäter)[8] befreie nicht von der Haftung, da fremdes Handlungsunrecht veranlaßt wurde.

M.E. sind diese Schlüsse nicht zwingend; auch von der finalen Handlungslehre aus kann m.E. der Strafgrund der Teilnahme nicht lediglich in der Veranlassung fremden Handlungsunrechts gesehen werden.

a) Der Wortlaut der §§ 48 u. 49 ergibt nur eindeutig, daß der Haupttäter tatbestandsmäßig-rechtswidrig[9] gehan-

---

1) Welzel, LB S.56

2) Welzel, LB aaO

3) Welzel, LB aaO

4) Welzel, ZStW 58/524

5) Welzel, ZStW 61/213; Stratenwerth, aaO S.720

6) Welzel, ZStW 61/213 u. LB S.102

7) Stratenwerth, aaO S.720; Welzel, LB S.193, hält den agent provocateur jedoch, insofern inkonsequent, für straflos; vgl. auch Welzel, LB S.105, für die Beihilfe.

8) Welzel, ZStW 61/213; im Lehrbuch begründet Welzel die Straflosigkeit des Vortäters bei der sachlichen Begünstigung mit dem Gesichtspunkt der Konsumtion (S.335) und bei der persönlichen Begünstigung wohl mit Schulderwägungen (S.443).

9) Baumann, AT S.433; Schönke-Schröder, § 47 Vorbem.Nr.56; Welzel, LB S.100; Kohlrausch-Lange, § 47 Vorbem.III A; BGHSt 2/152

delt haben muß, daß es also für das Vorliegen strafbarer Teilnahme jedenfalls nicht genügt, daß dem Teilnehmer die Herbeiführung des Erfolges verboten ist[1].

b) Aber damit ist noch nicht geklärt, ob nicht neben dem Haupttäter auch dem Teilnehmer die Erfolgsherbeiführung verboten sein muß.

aa) Wenn man mit Welzel und Stratenwerth auch beim Teilnehmer, ebenso wie beim Täter, davon ausgeht, daß strafrechtliches Unrecht ausschließlich personales Handlungsunrecht ist, kann der Strafgrund der Teilnahme allerdings nicht in der (Mit-)Verursachung des Erfolges der Haupttat gesehen werden. Das personale Handlungsunrecht folgt nicht aus der bloßen Erfolgsverursachung. Erforderlich ist vielmehr, daß eine zum Schutz des Rechtsguts aufgestellte Verbotsnorm übertreten wird[2]. In dieser Verbotsnorm ist eine Handlung genau beschrieben[3]; normwidrig handelt nur, wer finale Tatherrschaft hat, wer Täter ist[4]. Der Teilnehmer verstößt, da er keine Tatherrschaft hat, nicht gegen die im besonderen Teil des StGB enthaltenen Verbotsnormen. Die bloße Kausalität für den Erfolg der Haupttat ergibt jedoch kein personales Handlungsunrecht, da nicht das Setzen einer Ursache für den Erfolg verboten ist. Bei der Teilnahme kann verletzte Norm dann nur das Verbot, einen anderen zu einer Straftat anzustiften bzw. eine fremde Tat zu unterstützen, sein[5]. Strafgrund der

---

1) A, der den Vortäter B zur Flucht auffordert, ist also nicht wegen Anstiftung zur Begünstigung strafbar, da die Selbstbegünstigung, zu der er anstiftet, nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig ist. An diesem Ergebnis ändert auch die unten S.88ff vertretene Ansicht, daß nur Teilnehmer sein kann, wem die Erfolgsherbeiführung verboten ist, nichts. Denn erste Voraussetzung strafbarer Teilnahme ist jedenfalls eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Haupttat.

2) Kaufmann, Normentheorie S.71; Welzel, LB S.5

3) Gallas, Materialien S.128 und S.132

4) Gallas, aaO; Stratenwerth, aaO S.720; vgl. auch Welzel, LB. S.89/90

5) Stratenwerth, aaO S.720; Gallas, Mat. S.146: "Die Teilnahme ist nicht aus sich selbst heraus rechtswidrig", sie bezieht "ihren Unrechtsgehalt vielmehr aus der Förderung fremden Unrechts". Vgl. auch Esser in GA 58 S.331/332.

Teilnahme ist dann nicht die Mitverursachung des Erfolges der Haupttat, sondern nur die Mitverursachung der Haupttat selber. Der Erfolgsunwert der Teilnahmehandlungen - auch nach der finalen Handlungslehre ist bei Verletzungsdelikten grundsätzlich ein Erfolgsunwert Bestandteil des Handlungsunwertes[1] - liegt in dieser Verursachung der Haupttat[2]. Verletztes Rechtsgut wäre das Interesse der Allgemeinheit daran, daß keine strafbaren Handlungen begangen werden[3]. Zum Erfolg der Haupttat besteht keine direkte Beziehung. Bei dieser Auffassung gehören die Teilnahmevorschriften systematisch in den Besonderen Teil des StGB. Ähnlichkeit besteht dann insbesondere zwischen der Teilnahme und Begünstigung. Die Teilnahme ist dann nicht mehr eine "Erscheinungsform des Verbrechens".

Wenn nach der finalen Handlungslehre das Unrecht auch der Teilnahme ausschließlich personales Handlungsunrecht ist, kann Strafgrund der Teilnahme also nicht (auch) die Verursachung des Erfolges der Haupttat sein.

bb) M.E. kann von der finalen Handlungslehre aus nicht bestritten werden, daß auch zur Teilnahme personale Unrechtselemente gehören, daß jedenfalls nicht aus der Rechtsgutsverletzung allein das Unrecht der Teilnahme folgt[4]; dem Teilnehmer ist nicht die Erfolgsherbeiführung schlechthin verboten; in den §§ 48 u. 49 sind vielmehr eine Reihe von Einschränkungen enthalten; erforderlich ist zunächst bei Anstiftung und Beihilfe, daß der Haupttäter tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelt; bei der Beihilfe ist weiter erforderlich, daß die Tat des Haupt-

---

1) Welzel, LB S.57; Kaufmann, Normentheorie S.72ff.

2) Welzel, ZStW 61/213; "Der Teilnehmer wird bestraft, weil er an deren Entstehung (der Haupttat) mitgewirkt hat".

3) Welzel, ZStW 61/213: "Die Straftat.... ist die sozial unerträgliche Handlung, deren Entstehung und Förderung verhindert werden soll".

4) a.A. Lange, Notwendige Teilnahme S.55ff und S.64. Vgl. auch die insofern überzeugenden Ausführungen von Less in ZStW 69/55 und von Esser in GA 58/332.

täters Verbrechen oder Vergehen ist; bei § 48 ist schließlich Voraussetzung, daß der Anstifter den Angestifteten "bestimmt" hat, daß ein "geistiges Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter"[1] vorliegt. Diese besonderen Voraussetzungen sind jedenfalls personale, teilnehmerhafte Unrechtselemente; Strafgrund der Teilnahme ist also jedenfalls auch, daß eine "sozial unerträgliche, rechtswidrige Tat veranlaßt oder gefördert"[2] wurde.

Die entscheidende Frage ist jedoch, ob auch bei der Teilnahme das Unrecht nur personales Handlungsunrecht ist, oder ob der Erfolgsunwert bei der Teilnahme, anders als bei der Täterschaft, selbständige Bedeutung erlangt[3].

(1) Eine stärkere Berücksichtigung des Erfolgsunwertes bei der Teilnahme ist mit der finalen Handlungslehre vereinbar. Dem Gesetzgeber kann es nicht verwehrt sein, die Strafbarkeit der Teilnahme außer von personalen Unrechtselementen auch davon abhängig zu machen, daß dem Teilnehmer die Herbeiführung des Erfolges verboten wäre, wenn er Täter wäre[4]. Eine solche Regelung würde nicht gegen sachlogische Strukturen, die sich aus dem finalen Handlungsbegriff ergeben, verstoßen[5]. Der personale Charakter des Unrechts bliebe auch bei der Teilnahme grundsätzlich gewahrt. Rechtswidrig wären die Handlungen des Teilnehmers jedoch nur, wenn zu dem personalen Handlungsunwert auch noch der Erfolgsunwert hinzukäme. Der Bereich des Rechtswidrigen wäre also eingeschränkt. Daß eine solche Einschränkung nicht gegen vorgegebene, sachlogische Strukturen verstößt, ergibt sich aus einem Ver-

---

1) Welzel, JZ 53/764

2) Welzel, LB S.102

3) Welzel, LB S.57, bezeichnet den Erfolgsunwert bei der Täterschaft als unselbständiges Moment des Handlungsunwertes.

4) Auch Welzel (in JZ 53/764) geht davon aus, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Teilnahme im wesentlichen frei ist.

5) Vgl. auch § 447 Abs.5 des Entwurfs 1962, s.oben S.53/54 und unten S.90

gleich mit den Erfolgsdelikten, bei denen der Versuch nicht strafbar ist (vgl. z.B. § 223); bei diesen Delikten ist Bestrafung ebenfalls nur möglich, wenn Handlungsunwert und Erfolgsunwert vorliegen.

(2) Der Nachweis, daß auch von der finalen Handlungslehre aus auf den Erfolg abgestellt werden kann, genügt jedoch noch nicht; zu untersuchen ist noch, ob im StGB beim Teilnehmer tatsächlich auch auf den Erfolg abgestellt wurde, ob als Teilnehmer nur strafbar ist, wer als Täter den Erfolg nicht herbeiführen darf.

§ 50 Abs.2 ergibt für einen Teil der Fälle, in denen jemand, der nicht Täter sein kann, an der Haupttat teilnimmt, eine Lösung. Aus der Beschränkung auf strafschärfende, strafmildernde und strafausschließende Umstände ergibt sich - das ist unbestritten - , daß § 50 Abs.2 bei strafbegründenden persönlichen Eigenschaften[1] oder Verhältnissen nicht anwendbar ist. Bei strafbegründenden personalen Unrechtselementen ist also nicht Voraussetzung der Bestrafung des Teilnehmers, daß er auch Täter sein könnte. Bedeutsam ist diese Regelung vor allem bei den echten Sonderdelikten; beispielsweise ist der Nichtbeamte, der als Täter straflos wäre, als Teilnehmer strafbar[2].

Was für strafbegründende Tätermerkmale gilt, kann jedoch auf die (strafbegründenden) Handlungsmerkmale[3] nicht

---

1) Welzel, LB S.106; Schönke-Schröder, § 50 Nr.20; Baumann, AT S.480; BGHSt 5/81

2) Baumann, AT S.469; Schönke-Schröder, § 50 Nr.21

3) Die Voraussetzung, daß nur "ein anderer" begünstigt werden kann, kann nicht in ein Tätermerkmal umgedeutet werden. Mit dieser Voraussetzung wird nicht der Täter näher beschrieben ("Wer, ohne Vortäter zu sein, ..."), es wird vielmehr der Erfolg näher beschrieben, tatbestandsmäßiger Erfolg ist nur die Begünstigung eines anderen. Deutlicher wird das bei § 223; die Selbstverletzung ist nicht mangels täterschaftlicher Unrechtselemente straflos, sondern schon nicht normwidrig. Der Vortäter, der zu seiner Begünstigung anstiftet, ist also nicht schon deshalb strafbar, weil sich aus § 50 Abs.2 ergibt, daß der Teilnehmer auch strafbar ist, wenn nur beim Täter strafbegründende Eigenschaften vorliegen. Vgl. auch Kaufmann, Normentheorie S.138.

übertragen werden. Handlungsmerkmale und Tätermerkmale werden vielfach unterschiedlich behandelt[1]. Allein aus der (mittelbaren) positiven Entscheidung, daß beim Teilnehmer strafbegründende Tätermerkmale nicht vorliegen müssen, kann also nicht geschlossen werden, daß ihm auch die Herbeiführung des Erfolges nicht verboten sein muß. M.E. spricht nichts für eine entsprechende Behandlung der Handlungsmerkmale; vieles spricht jedoch für einen Umkehrschluß und damit für die Ansicht, daß als Teilnehmer nur strafbar ist, wer als Täter den Erfolg nicht herbeiführen darf.

Für diese Lösung spricht zunächst die systematische Stellung der Teilnahmevorschriften[2]. Diejenigen Vorschriften, die zum Schutz eigener Rechtsgüter aufgestellt sind, sind im Besonderen Teil des StGB, nicht im Allgemeinen Teil, enthalten. Durch die Bestimmungen des Allgemeinen Teils werden grundsätzlich nur die Tatbestände des Besonderen Teils modifiziert.

Außerdem beweist die Regelung der Strafe bei Anstiftung und Beihilfe, daß der Gesetzgeber die Teilnahme als "Erscheinungsform des Verbrechens" und nicht als besonderes Delikt betrachtet, denn sonst hätte er, ebenso wie z.B. bei der Begünstigung, eine von der Haupttat grundsätzlich unabhängige Strafe festgesetzt. Die gleiche Strafe für den Anstifter und den Täter ist nur gerechtfertigt, wenn der Anstifter auch wegen seiner Mitwirkung bei der Rechtsgutsverletzung bestraft wird. Wenn der Teilnehmer nur wegen des Veranlassens oder Förderns einer sozial unerträglichen, rechtswidrigen Tat bestraft würde, wäre bei schweren Delikten die Strafe des Teilnehmers auch zu hoch.

Durch die Bestrafung der Teilnahme soll in erster Linie ein umfassender Rechtsgüterschutz erreicht werden[3]. Die

---

1) z.B. beim Vorsatz, vgl.Kaufmann, Normentheorie S.149ff.
2) Franzheim, S.56
3) vgl. Welzel, ZStW 61/211 und Lange, Notwendige Teilnahme, S.57

Einschränkung, die der Rechtsgüterschutz durch die Austypisierung der tatbestandsmäßigen Handlung erfährt, soll durch die Teilnahmebestimmungen teilweise wieder ausgeglichen werden. Wenn aber der Rechtsgüterschutz bei der Teilnahme "in den Vordergrund tritt"[1], muß auch bei der Entscheidung der Frage, ob Teilnehmer sein kann, wer als Täter den Erfolg herbeiführen darf, berücksichtigt werden, daß die Rechtsgutsverletzung erlaubt ist.

Besonders deutlich ist die Beziehung zum Erfolg bei der Beihilfe. Der Unwert, der in der bloßen Unterstützung der Haupttat liegt, ist relativ gering. Der Gesetzgeber hat deshalb auch die versuchte Beihilfe straflos gelassen. Der Unwert liegt in erster Linie darin, daß ein Beitrag zur Herbeiführung des Erfolges geleistet wurde[2].

Für die Meinung, der Strafgrund der Teilnahme liege auch in der Mitverursachung der Rechtsgutsverletzung, sprechen schließlich vor allem auch die unbefriedigenden Ergebnisse[3] bei der Meinung, die nur auf die Veranlassung oder Förderung der Haupttat abstellt. Beispielsweise wäre nach letzterer Meinung eine Frau, die einen Arzt zur Sterilisierung anstiftet[4], wegen Anstiftung zur schweren Körperverletzung mit Zuchthaus zwischen zwei und zehn Jahren (§ 224 i.V.m. § 225 und § 48 Abs.2) zu bestrafen.

---

1) Welzel, aaO

2) Welzel, LB S.105: "Fördern heißt: einen ursächlichen Beitrag zur Begehung der Haupttat leisten, also bei Erfolgsdelikten auch einen Beitrag zum Erfolg.... Daher liegt keine Beihilfe vor, wenn der 'Gehilfe' die Tat gar nicht fördern will. RGSt 60/24: wissentliche Verabreichung eines völlig untauglichen Abtreibungsmittels ist keine Beihilfe".

3) Auch der BGH hält in der Entscheidung BGHSt 17/238, in der er die Ansicht vertritt, aus dem Gesetz ergebe sich eindeutig, daß der Vortäter wegen Teilnahme zur Begünstigung strafbar sei, das Ergebnis wohl für unbefriedigend. Der BGH hätte sich sonst nicht bemüht, so ausführlich nachzuweisen, daß die Entscheidung des Gesetzgebers "rechtens" und "nicht willkürlich" ist.

4) Vorausgesetzt, daß man die Sterilisierung trotz der in der Anstiftung liegenden Einwilligung für sittenwidrig hält, vgl. OLG Celle in NJW 1963/406.

c) Auch von der finalen Handlungslehre aus ist es also richtiger, den Strafgrund der Teilnahme auch in der Mitverursachung der Rechtsgutsverletzung zu sehen. Strafbar ist dann nur der Teilnehmer, der die Rechtsgutsverletzung nicht herbeiführen darf[1]. Der Vortäter, der zu seiner Begünstigung anstiftet, ist also auch nach der finalen Handlungslehre nicht strafbar.

IV. Die Regelung im Entwurf 1962

Im Entwurf 1962 wird die Frage der Teilnahme des Vortäters an seiner Begünstigung gesetzlich geregelt.

1. Nach § 289 III S.2 Entwurf 1962[2] wird "wegen (sachlicher, d.Verf.) Begünstigung nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist. Dies gilt nicht für denjenigen, der einen an der Vortat Unbeteiligten zur Begünstigung anstiftet".
Nach der amtlichen Begründung[3] erfolgte diese Regelung bei der Begünstigung, weil hier "ein bisher Unbeteiligter in das strafbare Geschehen hineingezogen" wird, "ohne daß sich der Anstifter in einer notstandsähnlichen Lage befindet". In der Begründung kommt klar zum Ausdruck, daß der Vortäter bestraft wird, weil er die Tat eines anderen veranlaßt.

2. Bei der Strafvereitelung[4] ist die Frage nicht ausdrücklich geregelt. Nach der amtlichen Begründung[5] folgt jedoch aus dem Fehlen einer dem § 289 III S.2 E 1962 entsprechenden Sonderregelung, "daß auch die Teilnahme des Vortäters an der Strafvereitelung, die ein anderer zu

---

1) s.oben S.78
2) s.oben S.53 Anm.1
3) Entwurf 1962 mit amtlicher Begründung, S.461
4) s.oben S.53 Anm.2
5) aaO S.631

seinen Gunsten begeht, allgemein künftig nicht mehr strafbar ist". Die unterschiedliche Behandlung von Strafvereitlung und sachlicher Begünstigung findet nach der amtlichen Begründung ihre "Rechtfertigung in der notstandsähnlichen Lage, in der sich der Vortäter hier anders als in den Fällen des § 289 III befindet".

L e b e n s l a u f

Am 25.Januar 1939 wurde ich in Urach, Kreis Reutlingen, als Sohn des praktischen Arztes Dr.med. Josef Göckel und seiner Ehefrau Frieda, geb.Rinne, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Von 1945 bis 1948 besuchte ich die kath.Bekenntnisschule in Urach und anschließend - bis 1952 - das Uracher Progymnasium. Im Jahre 1952 trat ich in die Höhere Handelsschule und Wirtschaftsoberschule Reutlingen ein; dort legte ich am 30.März 1957 das Abitur ab.

Ab Sommersemester 1957 studierte ich an der Tübinger Eberhard-Karls-Universität Rechtswissenschaft. Nach neun Fachsemestern bestand ich dort am 14.Dezember 1964 die erste juristische Staatsprüfung. Im Wintersemester 1963/64 studierte ich an der Verwaltungshochschule Speyer.

Zur Zeit leiste ich den juristischen Vorbereitungsdienst ab.

Foto-Druck: Frau Elly HUTH, Tübingen